

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 118/2019

Urteil vom 2. Mai 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Rüedi,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Weber.

Verfahrensbeteiligte
X._____, vertreten durch
Advokat Sandro Horlacher,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Binningerstrasse 21, 4051 Basel,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz; Willkür, rechtliches Gehör etc.; Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Kammer, vom 21. September 2018 (SB.2017.142).

Sachverhalt:

A.
Das Strafgericht des Kantons Basel-Stadt verurteilte X._____ am 14. September 2017 wegen qualifizierter Widerhandlung nach Art. 19 Abs. 2 lit. a (grosse Gesundheitsgefährdung) und lit. b (Bandenmässigkeit) des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG) sowie mehrfacher rechtswidriger Einreise zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren, unter Anrechnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft seit dem 20. November 2016 und des vorzeitigen Strafvollzugs seit dem 18. Juli 2017. Vom Vorwurf der gewerbsmässigen Widerhandlung nach Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG sprach es X._____ frei.

B.
Gegen dieses Urteil erhoben X._____ Berufung und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung. Mit Urteil vom 21. September 2018 stellte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt fest, dass das Urteil des Strafgerichts u.a. betreffend den Schuldspruch wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise in Rechtskraft erwachsen war. Es bestrafte X._____ darüber hinaus wegen qualifizierter Widerhandlung nach Art. 19 Abs. 2 lit. a (grosse Gesundheitsgefährdung), lit. b (Bandenmässigkeit) sowie zusätzlich lit. c (Gewerbsmässigkeit) BetmG mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 9 Monaten, unter Anrechnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft seit dem 20. November 2016 und des vorzeitigen Strafvollzugs seit dem 18. Juli 2017.

Das Appellationsgericht hält bezogen auf die vorliegend noch relevanten Anklagepunkte zusammengefasst für erwiesen, dass X._____ am 25. September, 2. Oktober, 16. Oktober, 30. Oktober, 6. November und 20. November 2016 insgesamt 6,4 Kilogramm Kokaingemisch mit einem durchschnittlichen Reinheitsgrad von 50 Prozent nach Basel transportierte.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, das Urteil des Appellationsgerichts sei aufzuheben und sie sei wegen einmaliger bandenmässiger Widerhandlung gegen das BetmG schuldig

zu sprechen und zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten zu verurteilen. Eventualiter sei sie wegen mehrfacher bandenmässiger Widerhandlung gegen das BetmG schuldig zu sprechen und zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten zu verurteilen. Subeventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung an das Appellationsgericht zurückzuweisen. X. _____ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Die Vorinstanz sei nicht auf die Rüge eingegangen, wonach die Täterinnenidentifikation im Rahmen des Vorverfahrens fehlerhaft durchgeführt worden sei.

1.2. Entgegen der Vorbringen der Beschwerdeführerin setzt sich die Vorinstanz mit der Rüge zur Täterinnenidentifikation auseinander. So erwägt die Vorinstanz, der Gesetzgeber habe keine besonderen Bestimmungen dazu erlassen, wie eine solche Identifikation zu erfolgen habe. Massgebend müsse sein, ob Zweifel am Ergebnis der Identifikation bestünden und ob die prozessualen Rechte der beschuldigten Person gewahrt worden seien. Die Identifikation der Beschwerdeführerin durch den Empfänger der Betäubungsmittel, S. _____, zunächst anhand eines Fotos sowie später im Gerichtssaal, erfahre aufgrund der Ergebnisse der Telefonüberwachung eine objektive Stütze. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Problematik der Selbstbindung der einvernommenen Person an das bereits Erkannte verfangen vorliegend nicht. An der Identifikation der Beschwerdeführerin durch S. _____ bestünden keine ernsthaften Zweifel (vgl. angefochtenes Urteil, E. 2.2 S. 4 f.). Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerin ist damit entgegen deren Kritik nicht ersichtlich.

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz. S. _____ habe anlässlich der Täterinnenidentifikation weder von sich aus einen Namen genannt noch habe er Gelegenheit gehabt, die betreffende Person zu beschreiben. Ihm sei vielmehr der Vorschlag unterbreitet worden, die Beschwerdeführerin auf dem Foto sei für sämtliche Transporte verantwortlich. Der Untersuchungsbeamte habe das entsprechende Foto vorgelegt, bevor S. _____ seine Aussage zur mutmasslichen Transporteurin habe vollenden können. Dieses Vorgehen habe durch die erneute Identifikation durch S. _____ an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht mehr korrigiert werden können. Aufgrund der Verwertung der entsprechenden Aussage durch die Vorinstanz sei deren Beweiswürdigung willkürlich. Infolge dieser Verwertung habe sich die Vorinstanz dazu veranlasst gesehen, eine höhere Strafe als die erste Instanz auszusprechen.

Die Vorinstanz verfallte weiter in Willkür, weil sie die Aussagen von S. _____ als zu vage bezeichne, diese aber dennoch als Hinweis auf mehrfache Einfuhren heranziehe und von einer höheren Anzahl ausgehe, als dieser je erwähnt habe. Gestützt auf diese Aussagen hätte die Vorinstanz maximal von insgesamt vier Einfuhren ausgehen dürfen. Auch aus den Standortdaten der beiden Mobiltelefone ergebe sich nicht, dass die Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2016 und am 6. November 2016, mithin fünf oder sechs mal Betäubungsmittel transportiert habe.

Die Vorinstanz verletze überdies die Unschuldsvermutung, indem sie sich hinsichtlich der fünf Betäubungsmitteltransporte vor dem 20. November 2016 allein auf die Standortdaten des persönlichen Mobiltelefons T. _____ stütze und zur Feststellung der Betäubungsmittelmenge eine unzulässige Hochrechnung vornehme. Selbst wenn von fünf zusätzlichen Betäubungsmitteltransporten ausgegangen werde, sei die Hochrechnung des Kurierlohnes im Zusammenhang mit der Qualifikation der Gewerbmässigkeit willkürlich. Der Lohn dürfte anfangs bis zur Herstellung eines Vertrauensverhältnisses deutlich geringer ausgefallen sein. Die Vorinstanz verkenne ausserdem offensichtlich den Unterschied zwischen Umsatz und Gewinn.

2.2. Die Vorinstanz erwägt, im Gegensatz zur in flagranti entdeckten und zudem gestandenen Einfuhr von 1'406,3 Gramm Kokaingemisch am 20. November 2016, seien neun weitere der Beschwerdeführerin von der Staatsanwaltschaft vorgeworfene Transporte strittig. Beweisgrundlage für die strittigen Transporte seien die Aussagen von S. _____ und die Ergebnisse der Telefonüberwachungen (angefochtenes Urteil, E. 4 S. 6).

S. _____ habe die Beschwerdeführerin in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vorbehaltlos und klar als Lieferantin identifiziert und nochmals ausgeführt, sie habe ihm "vielleicht drei mal [...] vielleicht Kokain" gebracht (angefochtenes Urteil, E. 2.1 S. 4). Aus der Aussage lasse sich nur, aber immerhin, entnehmen, dass die Beschwerdeführerin mehrmals Kokain eingeführt habe. Für die Ermittlung der genauen Anzahl der Einfuhren sei die Aussage von S. _____ vor erster Instanz zu vage (angefochtenes Urteil, E. 4.3 S. 8).

Das von der Beschwerdeführerin bei ihrer Anhaltung mit sich geführte Mobiltelefon U. _____ sei seit dem 11. September 2016 zehn mal, jeweils sonntags, in Kontakt mit der von S. _____ benutzten Rufnummer gewesen. Die Beschwerdeführerin habe angegeben, dieses Mobiltelefon erst am 20. November 2016 in Empfang genommen zu haben. Jedoch sei auch das private Mobiltelefon T. _____ der Beschwerdeführerin bereits vor dem 20. November 2016 an fünf Tagen, wobei am 25. September 2016, 2. Oktober 2016 und am 16. Oktober 2016 gleichzeitig mit dem Mobiltelefon U. _____, an einem Antennenstandort in Basel eingeloggt gewesen. Die Erklärungen der 600 km von Basel entfernt in Frankreich lebenden Beschwerdeführerin, weshalb ihr privates Mobiltelefon schon vor dem 20. November 2016 an fünf Tagen in Basel eingeloggt gewesen sei, seien nicht überzeugend, sondern wechselhaft und unzuverlässig. Eine plausible Erklärung der Beschwerdeführerin für deren nachgewiesenen Aufenthalte in Basel sei bis zuletzt unterblieben (angefochtenes Urteil, E. 4 S. 6 ff.).

Die Indizienlage lasse keine ernsthaften Zweifel daran zu, dass die Beschwerdeführerin an jedem Datum Kokain nach Basel transportiert habe, an welchem nebst dem Mobiltelefon U. _____ ihr privates Mobiltelefon T. _____ in Basel eingeloggt worden sei. Für Reisen nach Basel ohne Kokaintransporte sei sie jeden plausiblen Anhaltspunkt schuldig geblieben. Ebenso wenig sei objektiv ein solcher ersichtlich, da sie keine Anknüpfungspunkte zur Schweiz und Basel aufweise. Über die von der ersten Instanz angenommenen Daten hinaus seien die Kokaintransporte am 30. Oktober 2016 und am 6. November 2016 durch die Beschwerdeführerin erstellt, da ihr privates Mobiltelefon T. _____ auch an diesen Tagen in Basel angemeldet gewesen sei. Im Zweifel zu Gunsten der Beschwerdeführerin lasse sich dagegen, trotz erheblicher Indizien, nicht nachweisen, dass sie an zusätzlichen Tagen die Bedienerin des Mobiltelefons U. _____ gewesen sei, von welchem aus eine Kurierin jeweils S. _____ ihre Ankunft gemeldet habe, da das private Mobiltelefon T. _____ der Beschwerdeführerin an jenen Tagen nicht in Basel eingeloggt gewesen sei (angefochtenes Urteil, E. 4.3 S. 8 f.).

In der bei der Beschwerdeführerin am 20. November 2016 vorgefundenen Barschaft von EUR 2'620.73 hätten sich vier mit Kokain kontaminierte EUR 500.-- Scheine befunden. Es sei davon auszugehen, dass es sich hierbei um ihren Kurierlohn gehandelt habe und ebenso, dass sie den gleichen oder einen ähnlichen Betrag auch für frühere Kurierdienste erhalten habe. Bei sechs nachgewiesenen Kurierdiensten übersteige der erzielte Gewinn die Schwelle für den Qualifikationsgrund der Gewerbmässigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG von Fr. 10'000.-- (angefochtenes Urteil, E. 5 S. 10 f.).

2.3. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Gemäss Art. 97 Abs. 1 BGG kann die Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Verletzung von schweizerischem Recht im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann. Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1; 143 I 310 E. 2.2; je mit Hinweis). Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung nur vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 mit Hinweisen).

2.4. Die Feststellung der Vorinstanz, an der Bezeichnung der Beschwerdeführerin als Täterin durch S. _____ bestünden keine ernsthaften Zweifel, ist zumindest nicht offensichtlich unrichtig. Die Vorinstanz begründet nachvollziehbar, dass dessen Identifizierung anhand eines Fotos und zusätzlich im Gerichtssaal vor erster Instanz in den Ergebnissen der Telefonüberwachung eine objektive Stütze findet (vgl. E. 1.2 hiervor). Die Beschwerdeführerin erklärt alsdann selber, sie sei am 20. November 2016 rechtswidrig in die Schweiz eingereist und habe dabei Kokaingemisch in ihrem Büstenhalter mit sich getragen, um es beim genannten S. _____ abzuliefern. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin bestrafe die Vorinstanz sie zudem nicht etwa aufgrund der Aussagen von

S. _____ mit einer höheren Strafe als die erste Instanz. Diese seien, so die Vorinstanz vielmehr, für die Ermittlung der genauen Anzahl der Delikte zu vage (vgl. E. 2.2 hiervor). Die Vorinstanz stütze sich für die Schuldprüche der Transporte vom 30. Oktober 2016 und vom 6. November 2016, wofür die erste Instanz die Beschwerdeführerin noch frei sprach, vorwiegend darauf, dass deren privates Mobiltelefon T. _____ auch an diesen beiden Tagen nachweislich an Antennenstandorten in Basel eingeloggt war (vgl. kant. Akten, act. 226, 228 und 494). Ferner stellte die Vorinstanz darauf ab, dass für Aufenthalte der Beschwerdeführerin in Basel ohne Zusammenhang mit den Kokainlieferungen keine plausiblen Anhaltspunkte ersichtlich seien, was von der Beschwerdeführerin denn auch nicht bestritten wird. Nicht zur Belegung von Willkür geeignet ist entgegen deren Ansicht weiter, dass die Vorinstanz die Aussagen von S. _____ als vage bezeichnet. Sie tut dies ausdrücklich insofern, als sie für die Ermittlung der genauen Anzahl der Einfuhren ungeeignet seien, nicht aber als Hinweis für mehrfache Einfuhren (vgl. E. 2.2 hiervor).

Wie schon die Vorinstanz richtig erkennt (angefochtenes Urteil, E. 4.2 S. 7), gab die Beschwerdeführerin im Übrigen an der Einvernahme vom 15. Februar 2017 an, sie sei am Tag ihrer Festnahme zum ersten Mal nach Basel gekommen (kant. Akten, act. 475). An der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erklärte sie demgegenüber u.a., einmal versehentlich nach Basel gekommen zu sein, da ihr GPS sie falsch geleitet habe (kant. Akten, act. 776). Weiter beteuerte sie etwa an der Berufungsverhandlung, sie sei in die Schweiz gekommen, um bei einem Grosshändler V. _____ - Uhren zu kaufen, ohne angeben zu können, wo dieser Kauf hätte stattfinden sollen (kant. Akten, act. 982). Es ist nicht geradezu unhaltbar, wenn die Vorinstanz solche Erklärungen der Beschwerdeführerin dazu, weshalb ihr privates Mobiltelefon bereits vor dem 20. November 2016 an fünf Tagen in Basel eingeloggt war, als unglaublich und infolgedessen und angesichts der restlichen Umstände weitere Kokaintransporte als erstellt erachtet.

Auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Feststellungen mit Bezug auf die Qualifikation der Gewerbmässigkeit belegt die Beschwerdeführerin keine Willkür. Die Vorinstanz begründet ihre Hochrechnung überzeugend mit dem mit Kokain kontaminierten und bei der Beschwerdeführerin aufgefundenen Bargeld als Ausgangspunkt. Unter Willkür Gesichtspunkten ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz erwägt, es habe sich dabei um den Kurierlohn gehandelt, und sie anschliessend davon ausgeht, die Beschwerdeführerin habe einen ähnlichen Betrag auch für die fünf früheren Kurierdienste und zumindest total einen Fr. 10'000.-- übersteigenden Gewinn erzielt. Nicht erkennbar ist schliesslich, inwiefern die Vorinstanz den Unterschied zwischen Umsatz und Gewinn verkannt haben soll.

Demzufolge ist insgesamt nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung respektive Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein soll.

Ferner kommt der in Art. 10 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Unschuldsvermutung in der von der Beschwerdeführerin angerufenen Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu (vgl. BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.3; 138 V 74 E. 7 S. 82; je mit Hinweisen).

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin wendet sich im Übrigen gegen die vorinstanzliche Strafzumessung. Sie sei lediglich für den einmaligen Transport einer Nettomenge von 576 Gramm Kokain zu bestrafen. Laut dem von der Vorinstanz verwendeten Strafzumessungsmodell müsse die Freiheitsstrafe bei dieser Menge ungefähr bei 2 Jahren und sechs Monaten liegen. Selbst wenn man von vier Transporten ausgehe, sei die Strafe im Vergleich zu einem kürzlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts zu reduzieren.

3.2. Dem Sachgericht steht bei der Gewichtung der verschiedenen Strafzumessungsfaktoren ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift in die Strafzumessung nur 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 136 IV 55 E. 5.6 S. 61; 135 IV 130 E. 5.3.1 S. 134 f.; je mit Hinweisen).

3.3. Soweit die Beschwerdeführerin die Strafzumessung mit dem von ihr behaupteten maximal vier statt der von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellten sechs Einfuhren und der

entsprechenden Menge an transportierten Betäubungsmitteln kritisiert, kann sie nicht gehört werden (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG und E. 2.4 hiervor). Ohnehin wäre nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz das ihr für die Strafzumessung zustehende Ermessen überschritten oder sich von nicht massgebenden Kriterien hätte leiten lassen. Auch hat sie keine wesentlichen Gesichtspunkte ausser Acht gelassen oder falsch gewichtet. Zur entsprechenden Belegung von vornherein ungeeignet ist der Verweis der Beschwerdeführerin auf einen angeblich vergleichbaren und einem Urteil des Bundesgerichts zugrunde liegenden Sachverhalt. Das Bundesgericht betonte verschiedentlich, dass Vergleiche mit anderen Urteilen vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Individualisierung und des weiten Ermessens des Sachgerichts nur beschränkt aussagekräftig sind. Selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle unterscheiden sich durchwegs massgeblich in zumessungsrelevanten Punkten (BGE 135 IV 191 E. 3.1 S. 193; Urteil 6B 1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.7.2; je mit Hinweisen). Ferner ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass Strafzumessungsmodelle das Gericht nicht binden und lediglich als unverbindliche Orientierungshilfe dienen (Urteile 6B 210/2017 vom 25. September 2017 E. 1.4; 6B 1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.7.2; 6B 662/2015 vom 12. Januar 2016 E. 2.4).

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist in Anwendung von Art. 64 BGG wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Der finanziellen Lage der Beschwerdeführerin ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. Mai 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Weber