

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1081/2018

Urteil vom 10. September 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiber Held.

Verfahrensbeteiligte

X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Gwenaël Ponsart, Rue Centrale 57, 2740 Moutier,
Beschwerdeführerin,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8, 3013 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Willkür (qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 12. September 2018 (SK 18 104).

Sachverhalt:

A.

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Berner Jura-Seeland, führte gegen mehrere Personen eine Strafuntersuchung wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG; SR 812.121), in deren Rahmen X._____ am 19. November 2016 am Bahnhof in Biel angehalten wurde. Hierbei konnten 45 Fingerlinge mit je ca. 10 Gramm Kokaingemisch in ihrem Körper (35 Fingerlinge im Magen und 10 Fingerlinge im Intimbereich) sichergestellt werden.

Im Berufungsverfahren stellte das Obergericht des Kantons Bern am 12. September 2018 (neben hier nicht relevanten Nebensachen) fest, dass das Urteil des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 30. Januar 2018 u.a. in Rechtskraft erwachsen ist, als "X._____ in Anwendung der Artikel 19 Abs. 1 und 2 Bst. a, b und c BetmG schuldig erklärt wurde der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, mengenmässig qualifiziert, gewerbsmässig und bandenmässig begangen am 19. November 2016 durch Einfuhr, Beförderung und Anstalten treffen zum Inverkehrbringen von 458 Gramm Kokaingemisch (Reinheitsgrad zwischen 42.5 und 45 % Cocain Hydrochlorid, ca. 200 Gramm reines Kokain) " und gegen diese eine Landesverweisung von 5 Jahren ausgesprochen wurde. Zudem verurteilte es X._____ wegen "Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mengenmässig qualifiziert, gewerbsmässig und bandenmässig begangen in der Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 14. November 2016 in Biel und anderswo durch Einfuhr, Beförderung und in Verkehr bringen von insgesamt 8,05 Kilogramm Kokaingemisch (Reinheitsgehalt 43.5 % Cocain-Hydrochlorid, ca. 3,5 Kilogramm reines Kokain) " und sprach eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren und 3 Monaten aus.

Das Obergericht hält für erwiesen, dass die X._____ neben dem von ihr eingeräumten Transport vom 18./19. Januar 2016 noch 23 weitere Drogentransporte von Spanien in die Schweiz vorgenommen und hierbei 3.5 Kilogramm reines Kokain eingeführt habe, womit sie rund EUR 24'000.- verdient habe.

B.

X._____ führt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und sie sei vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, angeblich begangen zwischen dem 1. Januar 2014 bis zum 14. November 2016 freizusprechen und mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 2 Jahren bei einer Probezeit von 2 Jahren zu verurteilen. Im Übrigen sei festzustellen, dass das Urteil des Obergerichts in Rechtskraft erwachsen ist. Eventualiter sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. X._____ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Beschwerdeführerin wendet sich ausschliesslich gegen den Schuldspruch wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG, für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 14. November 2016. Sie bestreitet nicht, auf 23 Flügen aus Spanien jeweils Kokain in die Schweiz eingeführt (und abgeliefert) zu haben, rügt jedoch die Menge und den Reinheitsgehalt des von ihr in diesem Zeitraum als Kurierin angeblich in die Schweiz gebrachten Kokaingemisches. Die 45 Fingerlinge mit je 10 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt zwischen 42 % und 45 %, die bei ihrer Verhaftung am 19. November 2016 sichergestellt wurden, liessen keine Rückschlüsse auf Menge und Qualität der von ihr bei den weiteren Flügen in die Schweiz eingeführten Betäubungsmittel zu. Es sei willkürlich, die von ihr bei der Festnahme transportierte Maximalmenge von 35 Fingerlingen sämtlichen Transporten zugrunde zu legen, denn es sei notorisch, dass die Menge der Fingerlinge, die von Kurieren geschluckt werden könnten, sich mit der Zeit und der Anzahl an Transporten steigere. Auch könne nicht angenommen werden, dass der Reinheitsgrad der transportierten Drogen demjenigen des sichergestellten Kokaingemisches entsprochen habe. Es müsse in Anwendung des Grundsatzes "in dubio

pro reo" ein Reinheitsgehalt von maximal 33 % veranschlagt werden. Da für den Schuldspruch entscheidungsrelevante Tatsachen nicht erstellt seien, sei sie vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 14. November 2016 freizusprechen.

1.2. Die Vorinstanz erwägt, es sei erstellt, dass die Beschwerdeführerin jeweils von Italien in die Schweiz gereist sei und dort das Geld aus dem Verkauf des Kokains eingesammelt habe. Anschliessend sei sie (meistens ab Genf) nach Madrid geflogen, habe dort im Haus des Kopfes der Bande Kokainfingerlinge geschluckt und sei anschliessend von Madrid in die Schweiz (meistens nach Zürich) eingereist. Was die Menge des transportierten Kokains angehe, habe die Beschwerdeführerin anlässlich ihrer Verhaftung 45 Fingerlinge (35 verschluckt und 10 im Intimbereich) in ihrem Körper gehabt. Eine ebenfalls für die gleiche Gruppierung arbeitende Kurierin habe sogar 74 Fingerlinge mit sich geführt und angegeben, durchschnittlich rund 50 Fingerlinge geschmuggelt zu haben. Der Verteidigung sei zuzustimmen, dass die transportierte Menge auch von der individuellen physischen Kapazität des jeweiligen Bodypackers abhängen, weshalb zugunsten der Beschwerdeführerin abweichend von der Vorinstanz und der Anklageschrift davon auszugehen sei, dass sie pro Transport jeweils nicht mehr als 35 Fingerlinge habe schlucken können. So habe die Beschwerdeführerin angegeben, manchmal erbrochen zu haben, wenn sie die Fingerlinge geschluckt habe. Damit decke sich, dass

sie konstant bestätigte, die Fingerlinge, die sie in ihrer Vagina versteckt hatte, zuvor erbrochen zu haben. Darüber hinaus sei mit der Vorinstanz zugunsten der Beschwerdeführerin anzunehmen, dass das transportierte Kokaingemisch einen Reinheitsgehalt von 43.5 % aufweise. Dies ergebe bei 23 Transporten zwischen dem 1. Januar 2014 und dem 14. November 2016 eine Menge von 8.05 Kilogramm Kokaingemisch oder 3.5 Kilogramm Kokain.

2.

2.1. Das Bundesgericht legt seinem Urteil grundsätzlich den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 144 V 50 S. 52 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist eine Sachverhaltsfeststellung, wenn der angefochtene Entscheid unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht (BGE 143 IV 500 E. 1.1, 241 E. 2.3.1; je mit Hinweisen). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG).

2.2. Dem Sachgericht wird bei der Würdigung der Beweise ein weiter Beurteilungsspielraum zuerkannt. Es hat die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung zu würdigen (Art. 10 Abs. 2 StPO). Die Überzeugung des Sachrichters muss von den mitgeteilten Beweistatsachen getragen werden. Entfernen sich die Sachverhaltsfeststellungen so weit von einer festen Beweisgrundlage, dass es sich nur noch um - wenn auch naheliegende - Vermutungen oder einen blossen Verdacht handelt, erweist sich die Beweiswürdigung als rechtsfehlerhaft (Urteil 6B 1213/2017 vom 22. Mai 2019 E. 2.1; THOMAS HOFER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 60 f. zu Art. 10 StPO; GIUSEP NAY, Freie Beweiswürdigung und "in dubio pro reo", in: ZStrR 1/1996 S. 91 f.). Bleiben bei der Auswertung der Beweise Unsicherheiten haften oder lässt das Beweisergebnis verschiedene Deutungen bzw. Sachverhaltsalternativen zu, so ergibt sich aus dem Grundsatz "in dubio pro reo", nach welcher Entscheidungsregel zu verfahren ist. Das Sachgericht verstösst namentlich gegen die Unschuldsvermutung und den daraus abgeleiteten Grundsatz "in dubio pro reo", wenn es die beschuldigte Person mit der Begründung verurteilt, diese habe ihre Unschuld nicht nachgewiesen oder trotz offensichtlich erheblicher bzw. schlechterdings nicht zu unterdrückender Zweifel an der Schuld der beschuldigten Person zu einer Verurteilung gelangt. Ob der Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweislastregel verletzt ist, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE 144 IV E. 2.2.3.3; Urteil 6B 1248/2017 vom 21. Februar 2019 E. 4.2.3; je mit Hinweisen).

2.3. Liegen keine direkten Beweise vor, ist nach der Rechtsprechung auch ein indirekter Beweis zulässig. Indizien sind Tatsachen, von denen auf das Vorliegen einer unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache geschlossen werden kann. Eine Mehrzahl von Indizien, welche für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, können in ihrer Gesamtheit ein Bild erzeugen, das den Schluss auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter erlaubt (Urteile 6B 1053/2018 vom 26. Februar 2019 E. 1.2; 6B 824/2016 vom 10. April 2017 E. 12.1 f. mit Hinweisen, nicht publ. in BGE 143 IV 214).

3.

Die von der Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen zur Menge und Qualität des transportierten Kokaingemisches vorgebrachten Rügen sind ungeeignet, um den beantragten Freispruch vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG in der Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 14. November 2016 zu begründen, mithin für den Verfahrensausgang irrelevant.

3.1. Die Beschwerdeführerin weist zurecht darauf hin, dass für 23 Transporte keine Beweise in Bezug auf Menge und Qualität des eingeführten Betäubungsmittels vorliegen. Wurden die Betäubungsmittel nicht sichergestellt und war deshalb eine Wirkstoffuntersuchung nicht möglich, hat das Sachgericht alle Aufklärungsmöglichkeiten auszuschöpfen, um zu bestimmen, von welcher Mindestqualität und damit von welchem Mindestwirkstoffgehalt auszugehen ist. Hierbei hat es neben den Angaben der an der Betäubungsmittelstraftat beteiligten Personen insbesondere Art und Umstände des konkreten Geschäfts (Preis, Herkunft, Aussehen, Handelsstufe, Qualität des Lieferanten, Verpackung, Verplombung, Beurteilung durch andere Tatbeteiligte, Möglichkeit des Streckens, etc.) und die jeweiligen Verhältnisse des regionalen/örtlichen Drogenmarkts zum Zeitpunkt der Tatbegehung zu berücksichtigen. Lassen sich auch auf diese Weise keine hinreichend sicheren Feststellungen zum Wirkstoffgehalt treffen, kann das Sachgericht diese nicht durch blosse Vermutungen ersetzen. Feststellungen zur Menge und zum Wirkstoffgehalt müssen wie alle belastenden Schlussfolgerungen auf einer konkreten und aussagekräftigen Tatsachengrundlage beruhen. Das Sachgericht kann unbelegte

Umstände nicht unterstellen, denn blosse Möglichkeiten oder Verdachtsgründe ergeben auch in ihrer Summe keine zuverlässige Beweisgrundlage für eine Verurteilung (vgl. Urteil 6B 1213/2017 vom 22. Mai 2019 E. 3.3).

Das Bundesgericht erachtet es als zulässig, wenn die Sachgerichte von einer mittleren Qualität der nicht sichergestellten Drogen ausgehen, solange es keine Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Substanz gibt (BGE 138 IV 100 E. 3.4 S. 104 f. mit Verweis auf BERNARD CORBOZ, La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les infractions à la loi fédérale sur les stupéfiants, in: La Semaine judiciaire [SJ] 1999 II, S. 10; Urteile 6B 504/2019 vom 29. Juli 2019 E. 2.1.1, zur Publ. vorgesehen; 6B 720/2018 vom 3. Oktober 2018 E. 4; so auch THOMAS HANSJAKOB, Zur Strafzumessung in Betäubungsmittel-Straffällen, in: Schweizerische Juristen Zeitschrift, Jg. 90 [1994] S. 59 ff.). Die herrschende Lehre steht dieser Praxis kritisch gegenüber und wendet - u.a. mit Verweis

auf das Urteil 1P.22/1994 vom 3. Juni 1994 E. 3/c - ein, dass der alleinige Hinweis auf Durchschnittswerte (vgl. hierzu die Statistiken über die Wirkstoffgehalte der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin [SGRM] unter www.sgrm.ch) insbesondere aufgrund der erheblichen Qualitätsschwankungen von Betäubungsmitteln auf dem Schwarzmarkt nicht geeignet ist, gesicherte Rückschlüsse auf den Einzelfall zuzulassen. Lägen keine hinreichenden Feststellungen zum Wirkstoffgehalt vor, habe das Sachgericht von dem für die beschuldigte Person günstigsten Mischverhältnis auszugehen, das nach den konkreten Umständen des zu beurteilenden Falls in Betracht kommt und hinreichend sicher festgestellt werden kann (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 186 ff. zu Art. 19 BetmG; PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28 I BetmG], 3. Aufl. 2016, N. 224 ff. zu Art. 19 BetmG; GUSTAV HUG-BEELI, Kommentar Betäubungsmittelgesetz [BetmG], 2016, N. 895 ff. zu Art. 19 BetmG; siehe auch: KÖRNER/PATZAK/VOLKMER, Betäubungsmittelgesetz, 9. Aufl. 2019, N. 209 und N. 309 ff. Vor §§ 29 ff. D-BtmG). Zwar gilt der Zweifelssatz auch bei Schätzungen des Wirkstoffgehalts, jedoch bedeutet das nicht, dass das Sachgericht stets von der denkbar schlechtesten Qualität auszugehen hat. Vielmehr sind die konkreten Umstände des zu beurteilenden Einzelfalls zu beachten. Bei Schätzungen des Wirkstoffgehalts von Betäubungsmitteln können Durchschnittswerte - soweit sie repräsentativ und aussagekräftig sind - zur Orientierung herangezogen werden (vgl. Urteile 6B 504/2019 vom 29. Juli 2019 E. 2.3, zur Publ. vorgesehen; 6B 1068/2014 vom 29. September 2015 E. 1.5; jeweils zur

Berücksichtigung der Standardabweichungen von den Durchschnittswerten). Das Sachgericht ist auch nicht verpflichtet, von einem durch tragfähige Schätzungen ermittelten Wirkstoffgehalt in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" einen zusätzlichen Sicherheitsabschlag zu machen. Erst wenn keine hinreichenden Feststellungen zum Wirkstoffgehalt getroffen werden können, ist von dem nach den Umständen für die beschuldigte Person in Betracht kommenden niedrigsten Wirkstoffgehalt auszugehen (HUG-BEELI, a.a.O., N. 897 zu Art. 19 BetmG mit zahlreichen Hinweisen).

3.2. Wie es sich damit im Einzelnen verhält und ob die Sachverhaltsabklärungen und -feststellungen der Vorinstanz den vorstehend aufgezeigten Anforderungen genügen, um anzunehmen, die Beschwerdeführerin habe auf jedem der Transporte 35 Fingerlinge zu je 10 Gramm Kokaingemisch mit einem Wirkstoffgehalt von 43.5 % Cocain-Hydrochlorid in die Schweiz eingeführt, kann vorliegend offenbleiben. Die Beschwerdeführerin erkennt, dass der exakten Menge und Qualität des von ihr transportierten Kokaingemischs im Hinblick auf den Schuldspruch respektive den von ihr beantragten Freispruch keine Bedeutung zukommt. Sie räumt explizit ein, zwischen dem 1. Januar 2014 und 14. November 2016 (als "Bodypacker") im Drogenhandel tätig gewesen zu sein und (neben dem nicht angefochtenen Transport vom 19. November 2016) 23 weitere Drogentransporte von Spanien in die Schweiz durchgeführt zu haben ("l'autorité précédente [...] retient comme établi qu'elle [la récurante] a effectué 23 vols entre l'Espagne et la Suisse à cette fin entre le 1er janvier 2014 et le 14 novembre 2016. [...] Ces faits ne sont pas contestés,... "). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass sie bei den gewerbs- und bandenmässigen Transporten jeweils die für die Qualifikation der Gefährdung vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erforderliche Menge von 18 Gramm reinen Kokains in die Schweiz eingeführt hat, erscheint aufgrund der beim Transport vom 19. Oktober 2016 sichergestellten Menge an Kokaingemisch von rund 350 Gramm mit einem durchschnittlichen Wirkstoffgehalt von 43.5 % Cocain-Hydrochlorid, der Handelsstufe, der Transportart und der damit verbundenen Kosten (Flüge, etc.), der Entlohnung der Beschwerdeführerin und den Aussagen der anderweitig verfolgten und ebenfalls als Kurierin (Bodypackerin) tätigen Y._____ nicht als willkürlich. Selbst wenn die Vorinstanz, wie von der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vorgebracht, beim eingeführten Kokaingemisch lediglich einen Wirkstoffgehalt von 33 % angenommen hätte, wäre die Qualifikation der grossen Menge bereits bei 54 Gramm Kokaingemisch oder 5-6 Fingerlingen erreicht. Zudem stünde einem Freispruch entgegen, dass die eingeräumten Transporte ebenfalls die Qualifikation der gewerbs- und bandenmässigen Widerhandlungen erfüllen. Die getroffenen Feststellungen zum Wirkstoffgehalt der Betäubungsmittel tangieren vorliegend den Bestand des Schuldspruchs nicht. Inwieweit sie den Strafausspruch tragen, kann mangels angefochtener Strafzumessung offenbleiben. Die Beschwerdeführerin begründet die beantragte Freiheitsstrafe von zwei Jahren ausschliesslich mit den begehrten Freisprüchen.

4.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz bei der Abfassung des Dispositivs vergessen hat, den angeklagten, von ihr jedoch nicht erstellten Drogentransport vom 13. September 2014 aufzuführen. Wird nicht wegen aller Delikte verurteilt, die nach Auffassung der Anklage in Tatmehrheit begangen worden sein sollen, muss - soweit es nicht zu einer Verurteilung oder

Einstellung kommt - ein Freispruch erfolgen, um die Anklage erschöpfend zu behandeln. Dies gilt auch bei der Annahme einer (rechtlichen) Bewertungseinheit, wenn eine oder mehrere der angeklagten Taten nicht erwiesen sind und somit nicht Bestandteil der durch die Verurteilung zu einer Bewertungseinheit zusammengefassten Taten sind (vgl. BGE 142 IV 378 E. 1.3). Im Hinblick auf den Vorwurf der Drogeneinfuhr am 13. September 2014 erledigt der Urteilsspruch mithin den durch die Anklage vorgegebenen Prozessgegenstand nicht.

Zudem könnte das Urteilsdispositiv (ohne Lektüre der Erwägungen) im Hinblick auf den Schuldspruch missverstanden werden. Die Beschwerdeführerin wurde - soweit vorliegend von Relevanz - sowohl für die Tat vom 19. November 2016 als auch für die Handlungen in der Zeit vom 1. Januar 2014 bis zum 14. November 2016 jeweils gemäss Art. 19 Abs. 1 und 2 BetmG wegen "Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mengenmässig qualifiziert, gewerbsmässig und bandenmässig begangen" verurteilt. Dass die kantonalen Instanzen die Tat vom 19. November 2016 gesondert im Urteilsdispositiv aufführen, obwohl diese ebenfalls Teil der bandenmässigen und gewerbsmässigen Handlungen ist, kann den Eindruck erwecken, die Beschwerdeführerin sei in zwei Fällen wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das BetmG verurteilt worden. Auch ergibt sich aus den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht (ohne Weiteres), inwiefern die Tatbestandsalternativen gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. c und g erfüllt sein sollen. Die Vorinstanz kann die erforderlichen Korrekturen des Urteilsdispositivs von Amtes wegen vornehmen (vgl. Art. 83 Abs. 1 StPO).

5.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Der unterliegenden Beschwerdeführerin sind reduzierte Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

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 Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. September 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Held