

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 145/2018

Urteil vom 21. März 2019

Strafrechtliche Abteilung

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

Verfahrensbeteiligte

X. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Dieter Gysin substituiert durch  
Johannes Mosimann, Advokaten,  
Beschwerdeführer,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, Beweiswürdigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 17. Oktober 2017 (SK 17 29+30).

Sachverhalt:

A.

X. \_\_\_\_\_ 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. X. \_\_\_\_\_ werden weitere Delikte zur Last gelegt.

B.

Das Obergericht des Kantons Bern sprach X. \_\_\_\_\_ am 17. Oktober 2017 im Berufungsverfahren gegen ein Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 18. November 2016 zweitinstanzlich der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig. Es bestrafte X. \_\_\_\_\_ 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 erstinstanzlichen Schuldsprüche (Missbrauch von Ausweisen und Schildern sowie Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes) und der erstinstanzlich ausgefallten Geldstrafe und Busse fest.

C.

X. \_\_\_\_\_ führt Beschwerde in Strafsachen und eventualiter subsidiäre Verfassungsbeschwerde. Er beantragt, er sei vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz freizusprechen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

D.

Das Obergericht des Kantons Bern beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern liess sich nicht vernehmen. Der Beschwerdeführer verzichtet auf eine Replik.

Erwägungen:

1.

Mit der Beschwerde in Strafsachen kann auch die Verletzung von Verfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 BGG). Die zusätzlich erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist ausgeschlossen (vgl. Art. 113 BGG).

2.

Der vorinstanzliche Schuldspruch der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz wegen Besitz und Aufbewahrung von Thaipillen und Crystal Meth (Urteilsdispositiv-Ziffern II.3-5; Anklageschrift vom 30. Juni 2016) stützt sich unter anderem auf Sicherstellungen der Betäubungsmittel (im Fahrzeug und in der Wohnung des Beschwerdeführers sowie bei dessen Bruder in der Garage). Demgegenüber fusst der Vorwurf, ca. 2'000 Tabletten Methamphetamingemisch (Thaipillen) erworben und mindestens 30 g Methamphetamingemisch (Crystal Meth) veräussert zu haben (Urteilsdispositiv-Ziffern II.1-2; Anklageschrift vom 12. Oktober 2016), auf Aussagen des Verkäufers respektive Käufers A.\_\_\_\_\_.

2.1. In Bezug auf den Vorwurf, Thaipillen erworben und Crystal Meth verkauft zu haben, macht der Beschwerdeführer geltend, dieser beruhe allein auf den Aussagen von A.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz wie auch das erstinstanzliche Gericht hätten aufgrund der "Aussage gegen Aussage"-Konstellation nicht auf dessen Schilderungen abstellen dürfen, ohne A.\_\_\_\_\_ persönlich anzuhören. Der Beschwerdeführer rügt unter anderem eine Verletzung von Art. 29 BV in Verbindung mit Art. 343 Abs. 3 StPO (Beschwerde S. 8 ff.).

2.2. Die Vorinstanz erwägt, A.\_\_\_\_\_ sei zum Drogenhandel mit dem Beschwerdeführer mehrfach befragt worden. Angesichts der zahlreichen Befragungen und der konstanten Aussagen wäre von einer weiteren Einvernahme im Rahmen der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nichts Neues zu erwarten gewesen. Es handle sich nicht um eine reine "Aussage gegen Aussage"-Situation, in welcher dem persönlichen Eindruck eine besondere Bedeutung beigemessen werden müsse. Zudem habe die Verteidigung verschiedentlich auf ergänzende Beweismassnahmen verzichtet (Entscheid S. 19 f.).

2.3. Das Rechtsmittelverfahren beruht gemäss Art. 389 Abs. 1 StPO auf den Beweisen, die im Vorverfahren und im erstinstanzlichen Hauptverfahren erhoben worden sind. Beweisabnahmen des erstinstanzlichen Gerichts werden im Rechtsmittelverfahren nur unter den in Art. 389 Abs. 2 StPO genannten Voraussetzungen wiederholt, namentlich wenn Beweisvorschriften verletzt worden sind (lit. a), die Beweiserhebungen unvollständig waren (lit. b) oder die Akten über die Beweiserhebungen unzuverlässig erscheinen (lit. c). Nach Abs. 3 derselben Bestimmung erhebt die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die erforderlichen zusätzlichen Beweise. Eine unmittelbare Beweisabnahme im Rechtsmittelverfahren hat gemäss Art. 405 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 343 Abs. 3 StPO auch zu erfolgen, wenn (erstens) eine solche im erstinstanzlichen Verfahren unterblieb oder unvollständig war und (zweitens) die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint (BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 S. 199; bestätigt in den Urteilen 6B 800/2016 vom 25. Oktober 2017 E. 9.2, nicht publ. in: BGE 143 IV 397, und 6B 888/2017 vom 25. Oktober 2017 E. 3.3, nicht publ. in: BGE 143 IV 434; ebenso beispielsweise 6B 992/2016 vom 29. Mai

2017 E. 2.3; 6B 957/2016 vom 22. März 2017 E. 2.3.1; 6B 798/2016 vom 6. März 2017 E. 2.3; 6B 1212/2015 vom 29. November 2016 E. 1.3.2; 6B 307/2016 vom 17. Juni 2016 E. 2.5). Art. 343 Abs. 3 StPO gelangt insofern auch im Rechtsmittelverfahren zur Anwendung (zur Befragung der beschuldigten Person im Berufungsverfahren: BGE 143 IV 288 E. 1.4.1 S. 290 mit Hinweis auf BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 S. 199). Während bislang aus Art. 343 Abs. 3 StPO abgeleitet wurde, dass eine Befragung der beschuldigten Person im mündlichen Berufungsverfahren zwar in der Regel geboten, im Gegensatz zum erstinstanzlichen Verfahren indes nicht obligatorisch sei, kann nach der neueren Rechtsprechung (BGE 143 IV 288) insbesondere mit Verweis auf Art. 341 Abs. 3 StPO als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf eine Befragung der beschuldigten Person nunmehr aber auch im mündlichen Berufungsverfahren nicht verzichtet werden (Urteil 6B 422/2017 vom 12. Dezember 2017 E. 4.3.2 mit Hinweisen). Darüber hinaus bleibt zu betonen, dass gemäss BGE 140 IV 196 die Regelung von Art. 343 Abs. 3 StPO eine einmalige Unmittelbarkeit im erstinstanzlichen Verfahren, in der Regel jedoch keine solche für das Rechtsmittelverfahren statuiert (BGE 140 IV 196 E. 4.4.1 S. 199;

Urteile 6B 499/2017 vom 6. November 2017 E. 1.2.2; 6B 1149/2014 vom 16. Juli 2015 E. 6.3; 6B 422/2017 vom 12. Dezember 2017 E. 4.3.2; 6B 430/2015 vom 12. Juni 2015 E. 2.3.1; 6B 208/2015

vom 24. August 2015 E. 9.4; zu präzisieren, da zu apodiktisch Urteile 6B 70/2015 vom 20. April 2016 E. 1.4.2 in fine und 6B 1330/2017 vom 10. Januar 2019 E. 3.2.2). Dementsprechend bejahte das Bundesgericht die Notwendigkeit einer Zeugeneinvernahme durch das Berufungsgericht in Anwendung von Art. 343 Abs. 3 StPO mit der Begründung, dass der Zeuge erstinstanzlich nicht einvernommen worden war (Urteil 6B 1342/2017 vom 23. November 2018 E. 4; vgl. auch Urteil 6B 1469/2017 vom 18. Juni 2018 E. 1.4).

Eine unmittelbare Abnahme eines Beweismittels ist notwendig im Sinne von Art. 343 Abs. 3 StPO, wenn sie den Ausgang des Verfahrens beeinflussen kann. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Kraft des Beweismittels in entscheidender Weise vom Eindruck abhängt, der bei seiner Präsentation entsteht, beispielsweise wenn es in besonderem Masse auf den unmittelbaren Eindruck einer Zeugenaussage ankommt, so wenn die Aussage das einzige direkte Beweismittel ("Aussage gegen Aussage"-Konstellation) darstellt. Das Gericht verfügt bei der Frage, ob eine erneute Beweisabnahme erforderlich ist, über einen Ermessensspielraum (BGE 140 IV 196 E. 4.4.2 S. 199 f. mit Hinweisen). Ein Ermessensspielraum verbleibt nach dem Ausgeführten auch betreffend die Frage, ob eine gerichtlich erfolgte Beweisabnahme gestützt auf Art. 343 Abs. 3 StPO im Berufungsverfahren zu wiederholen ist.

2.4. Die Aussagen von A.\_\_\_\_\_ sind in Bezug auf den Vorwurf, der Beschwerdeführer habe ca. 2'000 Tabletten Methamphetamingemisch (Thaipillen) erworben und mindestens 30 g Methamphetamingemisch (Crystal Meth) veräussert, nicht nur ein ergänzendes Indiz, sondern einziges belastendes Beweismittel. Daneben würdigt die Vorinstanz die Aussagen des Beschwerdeführers, der die Vorwürfe bestreitet. Indem die Vorinstanz einzig auf die Aussagen von A.\_\_\_\_\_ abstellt und die Sachdarstellung des Beschwerdeführers als unglaubhaft würdigt, liegt entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen eine eigentliche "Aussage gegen Aussage"-Situation vor. Dies folgt im Übrigen auch aus der Vernehmlassung der Vorinstanz, die erneut eingehend das Aussageverhalten von A.\_\_\_\_\_ und des Beschwerdeführers darstellt. Fielen weitere Beweismittel tatsächlich belastend aus, hätten diese im Einzelnen herangezogen werden können. Dies ist nicht der Fall, selbst wenn pauschal festgehalten wird, die Belastung durch A.\_\_\_\_\_ lasse sich mit "Gesprächen aus der Telefonkontrolle", den "Ermittlungsergebnissen der Polizei" und "verschiedenen Drittaussagen" in Übereinstimmung bringen (Entscheid S. 10 und 19 sowie Vernehmlassung S. 3).

A.\_\_\_\_\_ wurde weder im erstinstanzlichen Hauptverfahren noch im Berufungsverfahren durch das Gericht einvernommen. Damit wurden wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt. Daran ändert nichts, dass A.\_\_\_\_\_ mehrfach im Untersuchungsverfahren befragt wurde. Bedeutungslos ist auch, dass die Verteidigung des Beschwerdeführers im Vorfeld der erstinstanzlichen und vorinstanzlichen Verhandlung (einstweilen) auf Beweisanträge verzichtete und vor Schranken die Einvernahme von A.\_\_\_\_\_ nicht explizit beantragte (vorinstanzliche Akten pag. 543, 598, 633, 732 f. und 768). Bringt der Beschwerdeführer vor, eine Befragung vor Schranken hätte keinen ausdrücklichen Antrag von Seiten der Verteidigung bedurft, ist dies zutreffend. Die Rechtsmittelinstanz muss dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 StPO) nachkommen. Sie erhebt von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die erforderlichen zusätzlichen Beweise (Art. 389 Abs. 3 StPO). Sie ist mithin verpflichtet, nicht nur auf Antrag, sondern von Amtes wegen für eine rechtskonforme Beweiserhebung und damit aus eigener Initiative für die entsprechenden Befragungen besorgt zu sein. Zudem blieb die Notwendigkeit, den Zeugen vor Schranken zu befragen, im vorinstanzlichen Verfahren nicht unerwähnt.

Die Verteidigung beanstandete im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich, das Gericht hätte sich selbst einen Eindruck über die Glaubhaftigkeit der Aussagen von A.\_\_\_\_\_ machen müssen (vorinstanzliche Akten pag. 771).

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet. Die weiteren im gleichen Zusammenhang erhobenen Rügen (Beschwerde S. 12) brauchen nicht geprüft zu werden.

3.

Der vorinstanzliche Schuldspruch der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz wegen Besitz und Aufbewahrung von Thaipillen und Crystal Meth (Urteilsdispositiv-Ziffern II.3-5; Anklageschrift vom 30. Juni 2016) stützt sich unter anderem auf Sicherstellungen der Betäubungsmittel. Die erste Instanz, auf deren Erwägungen die Vorinstanz verweist, würdigt in diesem Zusammenhang zudem ihr Beweisergebnis betreffend den Erwerb und Verkauf von Betäubungsmitteln (Urteilsdispositiv-Ziffern II.1-2; Anklageschrift vom 12. Oktober 2016). Die entsprechenden Käufe respektive Verkäufe würden den Beschwerdeführer auch betreffend die Vorwürfe der Anklageschrift vom 30. Juni 2016 sehr schwer belasten. So sei nach den zutreffenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft aufgrund der Aussagen von A.\_\_\_\_\_ erstellt, dass der Beschwerdeführer beim sichergestellten Crystal Meth gewusst habe, um was es sich handle (Entscheid S. 16 ff.; erstinstanzliches Urteil pag. 703, 705 und 706). Daraus geht hervor, dass das

vorinstanzliche Beweisergebnis betreffend den Kauf und Verkauf von Betäubungsmitteln sich auf die weiteren zur Last gelegten Delikte auswirkt. Da Erstes neu zu beurteilen ist, ist auf die weiteren Rügen nicht näher einzugehen (E. 2.4 hievor;

Beschwerde S. 13 ff.). Die Vorinstanz wird nach der Einvernahme von A. \_\_\_\_\_ die Beweiswürdigung neu vornehmen müssen.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Bern hat dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die vom Beschwerdeführer für das Bundesgerichtsverfahren verlangte Entschädigung von Fr. 6'151.80 (inkl. Spesen) erscheint mit Blick auf den nach der Aktenlage gebotenen Aufwand überhöht. Sein Anspruch ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.-- festzusetzen. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 17. Oktober 2017 wird aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Der Kanton Bern hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

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

Lausanne, 21. März 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Faga