

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 1068/2014

Urteil vom 29. September 2015

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiber M. Widmer.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Bänziger,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau,
Frey-Herosé-Strasse 20, Wielandhaus, 5001 Aarau,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; Willkür; Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, vom 25. September 2014.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Aarau verurteilte X._____ am 5. Februar 2014 wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Vernachlässigung von Unterhaltspflichten zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren, unter Anrechnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 351 Tagen. Auf Berufung von X._____ hin sprach ihn das Obergericht des Kantons Aargau am 25. September 2014 zweitinstanzlich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren, unter Anrechnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft von insgesamt 435 Tagen. In Bezug auf den Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten stellte es das Strafverfahren ein.

Das Obergericht geht von folgendem Sachverhalt aus:

X._____ hat am 15. September 2012 bei A._____ 5 Gramm Kokain bestellt und dieses anschliessend an B._____ oder C._____ weitergegeben. Am 25. September 2012 hat X._____ von C._____ 90 Gramm Kokain erhalten und dieses am 26. Oktober 2012 an D._____ übergeben.

B.
X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen im Wesentlichen, er sei vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz freizusprechen und wegen einfacher Widerhandlung gegen

dasselbe mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten zu bestrafen. Die Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft sei an die Strafe anzurechnen und die Überhaft gerichtsüblich zu entschädigen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Mit Eingabe vom 6. November 2014 ersucht der Beschwerdeführer nachträglich um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren.

C.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau verzichtet mit Hinweis auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil auf eine Vernehmlassung. Das Obergericht beantragt die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz würdige die Beweise willkürlich und verletze den Grundsatz "in dubio pro reo", indem sie als erstellt erachte, dass er am 15. September 2012 5 Gramm Kokain besorgt und weitergegeben habe. Die Entgegennahme von 90 Gramm Kokain am 25. September 2012 bestreitet er demgegenüber nicht.

1.2. Unter Verweis auf das erstinstanzliche Urteil würdigt die Vorinstanz ausführlich und sorgfältig den zeitlichen Ablauf der Ereignisse, die geführten Telefongespräche, die nachgewiesenen Standorte der Mobiltelefone der beteiligten Personen sowie die Aussagen des Beschwerdeführers und von C. _____. Sie legt schlüssig dar, wie sie zu dem von ihr als erstellt erachteten Sachverhalt gelangt (Urteil, S. 9 ff.). Zusammengefasst erwägt sie, B. _____ habe am 15. September 2012 telefonisch 5 Gramm Kokain bei C. _____ bestellt. Letzterer habe nur zwei Minuten nach diesem Gespräch den Beschwerdeführer angerufen, um die Drogen zu organisieren. Zu deren Beschaffung habe der Beschwerdeführer kurz darauf A. _____ kontaktiert und diesen wenig später getroffen, um das Kokain in Empfang zu nehmen. Anschliessend habe der Beschwerdeführer die Drogen B. _____ oder C. _____ übergeben.

1.3. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht 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 139 II 404 E. 10.1 mit Hinweisen; vgl. zum Begriff der Willkür BGE 139 III 334 E. 3.2.5; 138 I 49 E. 7.1; je mit Hinweisen). Eine entsprechende Rüge muss klar und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 225 E. 3.2; 137 IV 1 E. 4.2.3; je mit Hinweisen).

Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt in seiner Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor Bundesgericht keine Bedeutung zu, die über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgeht (BGE 138 V 74 E. 7 mit Hinweisen).

1.4. Der Beschwerdeführer zeigt nicht auf, inwiefern Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz schlechterdings unhaltbar sein sollen. Nicht zu beanstanden ist aufgrund der gesamten Umstände der Schluss der Vorinstanz, dass es bei den fraglichen Telefongesprächen vom 15. September 2012 um die Bestellung von Kokain und die Organisation des Drogengeschäfts gegangen sei. Sie legt willkürfrei dar, wie sie zur Überzeugung gelangt, dass unter Verwendung von Codeworten zunächst B. _____ bei C. _____ 5 Gramm Kokain bestellte und Letzterer kurz darauf den Beschwerdeführer anrief, um die Drogen zu beschaffen. C. _____ räumte ein, es könne sein, dass B. _____ Kokain bei ihm bestellt habe, welches der Beschwerdeführer hätte organisieren sollen (act. 941 ff.). Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenso vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, genügt für die Annahme von Willkür nicht (BGE 139 III 334 E. 3.2.5; 138 I 49 E. 7.1; je mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer konnte überdies gerade nicht erklären, welche andere Bedeutung den fraglichen Telefongesprächen beizumessen wäre.

Nicht gefolgt werden kann dem Beschwerdeführer soweit dieser vorbringt, die Antennenstandorte seines Mobiltelefons und desjenigen von A. _____ seien in den Straftaten nicht dokumentiert. Die entsprechenden

Daten sind auf einer CD in elektronischer Form vorhanden (act. 424). Sodann trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer entgegen der vorinstanzlichen Feststellung nicht explizit aussagte, A. _____ am 15. September 2012 getroffen zu haben. Allerdings räumte er die Möglichkeit eines Treffens ein. Wenn die Vorinstanz ein solches aufgrund der zeitlichen Abfolge der Telefonate und der aufgezeichneten Standorte der Mobiltelefonie annimmt, ist dies jedenfalls nicht willkürlich.

Der Beschwerdeführer bemängelt, es seien weder B. _____ noch A. _____ einvernommen worden. Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass der Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren keinen entsprechenden Beweisantrag gestellt habe und nicht ersichtlich sei, inwiefern deren Einvernahme am Beweisergebnis etwas ändern könnte. Das Gericht kann in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme von Beweisen verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, diese werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (vgl. Art. 139 Abs. 2 StPO; BGE 136 I 229 E. 5.3 mit Hinweisen). Dies war vorliegend der Fall. Die Vorinstanz legt mit ihrer willkürfreien Beweiswürdigung dar, dass die für einen Entscheid notwendigen Beweise erhoben wurden und zusätzliche Abklärungen an ihrer Überzeugung nichts zu ändern vermöchten. Offenbleiben kann damit, ob der Beschwerdeführer mit seinem Einwand vor Bundesgericht überhaupt zu hören ist, da er es unterliess, rechtzeitig entsprechende Beweisanträge zu stellen.

1.5. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem Reinheitsgehalt von 36 % des Kokains ausgegangen. Es hätten zwei Personen ausgeführt, das Kokain sei von sehr schlechter Qualität gewesen. Die Vorinstanz ver falle in Willkür und verletze den Grundsatz in "dubio pro reo" wenn sie dessen unbenommen auf den mittleren Reinheitsgehalt von Kokain gemäss der Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin für das Jahr 2012 abstelle. Da Hinweise auf eine unterdurchschnittliche Qualität des Kokains bestünden, sei von einem Reinheitsgrad von bloss 15 % auszugehen.

Die Vorinstanz führt aus, hinsichtlich der Menge des reinen Drogenwirkstoffs bestehe ein Beweisproblem, wenn - wie vorliegend - keine Betäubungsmittel sichergestellt wurden. Sofern keine anderen Hinweise bestünden, sei diesfalls von einer durchschnittlichen Qualität der Drogen auszugehen. Wie bereits das erstinstanzliche Gericht, stellt sie auf den mittleren Reinheitsgehalt von Kokain gemäss der Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin des Jahres 2012 ab, welcher 36 % betrug.

Die vorinstanzlichen Ausführungen entsprechen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 138 IV 100 E. 3.5 mit Hinweisen). Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers bestehen vorliegend keine genügenden Hinweise auf eine besonders schlechte Qualität des Kokains. Dass zwei in die fraglichen Drogengeschäfte ebenfalls verwickelte Personen dies behaupten, reicht mit Blick auf deren Eigeninteressen nicht aus. C. _____ sagte zudem nicht aus, das Kokain sei "Schrott" gewesen, sondern "es könnte sein, dass es nur Schrott war, überhaupt keine Drogen" (act. 1019). Damit versuchte er offenbar, dem Stoff die Betäubungsmittelqualität gänzlich abzuspochen, was als reine Schutzbehauptung zu werten ist. Selbst wenn man zugunsten des Beschwerdeführers von einem 20 % tieferen Reinheitsgrad als dem Durchschnitt im Jahr 2012 ausgehen würde, was gemäss der vorerwähnten Betäubungsmittelstatistik der Standardabweichung entspricht, wäre bei einer Menge von total 95 Gramm Kokaingemisch der Grenzwert von 18 Gramm reinem Wirkstoff für die Annahme eines qualifizierten Falles gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (vgl. BGE 120 IV 334 E. 2a; Urteil 6B 297/2014 vom 24. November 2014 E. 2.3.2) klar überschritten. Wie der Beschwerdeführer auf den von ihm geltend gemachten Reinheitsgrad von 15 % kommt, ist nicht nachvollziehbar.

1.6. Die vorinstanzliche Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung sind nicht willkürlich. Eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" liegt nicht vor. Die Rügen des Beschwerdeführers sind unberechtigt, soweit sie den Begründungsanforderungen überhaupt genügen.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung. Im Vergleich zum erstinstanzlichen Gericht gehe die Vorinstanz von einer rund dreimal tieferen Drogenmenge aus und werte sein Verschulden geringer. Zudem sei das Strafverfahren in Bezug auf den Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten eingestellt worden. Dass die Vorinstanz die erstinstanzliche Strafe dessen unbenommen bestätige, sei nicht nachvollziehbar.

2.2. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 138 II 331 E. 1.3; 134 V 250 E. 1.2; je mit Hinweisen). Unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht in der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) prüft es grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 135 II 384 E. 2.2.1).

2.3. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung wiederholt dargelegt. Darauf kann verwiesen werden (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Das Sachgericht verfügt auf dem Gebiet der Strafzumessung über einen Ermessensspielraum. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. durch Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6; 135 IV 130 E. 5.3.1; 134 IV 17 E. 2.1; je mit Hinweisen). Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht, sofern es sein Urteil zu begründen hat, die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Es hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 134 IV 17 E. 2.1; Urteil 6B 1224/2014 vom 9. April 2015 E. 1.2.2, zur Publikation vorgesehen; je mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat auch zu begründen, weshalb sie trotz teilweisem Freispruch die gleiche Strafe ausspricht wie die erste Instanz (Urteil 6B 859/2013 vom 2. Oktober 2014 E. 4.2 mit Hinweisen; vgl. auch WIPRÄCHTIGER/ECHLE, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013 N. 7 zu Art. 50 StGB).

2.4. Die Vorinstanz verweist hinsichtlich der Tat- und Täterkomponenten grundsätzlich auf die erstinstanzlichen Ausführungen, die trotz der Einstellung des Strafverfahrens in Bezug auf den Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten ihre Gültigkeit behielten. Die erste Instanz sah den Handel mit einer Gesamtmenge von 305 Gramm Kokain (110 Gramm reiner Wirkstoff) als erwiesen an und stufte das Verschulden des Beschwerdeführers als mittelschwer ein. Demgegenüber geht die Vorinstanz lediglich von einer Gesamtmenge von 95 Gramm Kokain (34,2 Gramm reiner Wirkstoff) aus und stuft das Verschulden des Beschwerdeführers geringer ein. Die Betäubungsmittelmenge ist ein wichtiger Strafzumessungsfaktor, auch wenn ihr keine vorrangige Bedeutung zukommt (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; 118 IV 342 E. 2c mit Hinweisen; Urteil 6B 297/2014 vom 24. November 2014 E. 2.3.2). Wenn die Vorinstanz pauschal ausführt, die erstinstanzlich ausgesprochene Freiheitsstrafe von 24 Monaten erscheine nach wie vor angemessen und könne nicht vermindert werden, genügt dies den Begründungsanforderungen von Art. 50 StGB nicht. Ohne weitere Ausführungen ist nicht nachvollziehbar, weshalb die vom erstinstanzlichen Gericht ausgefallte Gesamtstrafe weiterhin verschuldensadäquat sein soll, obwohl die Vorinstanz von einer erheblich kleineren Drogenmenge sowie einem geringeren Verschulden des Beschwerdeführers ausgeht und das Strafverfahren in Bezug auf den Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten einstellt.

Unklar ist sodann, welche Variante (n) des Grundtatbestands von Art. 19 Abs. 1 BetmG die Vorinstanz ihrer Strafzumessung zugrunde legt. Gemäss Dispositiv stützt sie ihr Urteil einzig auf Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG. Der Beschwerdeführer bestreitet, Drogenhandel betrieben zu haben und macht geltend, er habe insbesondere die am 25. September 2012 erhaltenen 90 Gramm Kokain lediglich für C._____ aufbewahrt. Im Rahmen ihrer Beweiswürdigung lässt die Vorinstanz explizit offen, ob der Beschwerdeführer die 90 Gramm Kokain weiterverkauft hat. Demgegenüber nimmt sie bei der Strafzumessung offenbar an, dieser habe mit den Drogen gehandelt. Sofern sie diesen Umstand wie bereits das erstinstanzliche Gericht straf erhöhend berücksichtigt, geht sie unzulässig und zu Ungunsten des Beschwerdeführers von einem anderen als dem von ihr festgestellten Sachverhalt aus. Ihre Ausführungen sind auch diesbezüglich nicht verständlich.

Insgesamt genügen die vorinstanzlichen Ausführungen zur Strafzumessung den Anforderungen von Art. 50 StGB nicht. Daran vermögen die Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung nichts zu ändern. Entgegen ihrem Vorbringen geht aus ihrem Urteil nicht hervor, dass und aus welchen Gründen sie die erstinstanzlich ausgesprochene Gesamtstrafe von 2 Jahren als "viel zu tief" erachtet und das Strafmass trotz der von ihr zugunsten des Beschwerdeführers angenommenen Umstände nach wie vor verschuldensadäquat sein soll. Dies ergibt sich auch nicht aus der vorinstanzlichen Erwägung, wonach Verschulden und Einsatzstrafe gemäss erstinstanzlichem Urteil nicht im Einklang stehen. Unklar bleibt schliesslich auch nach Vernehmlassung

der Vorinstanz, ob sie im Rahmen ihrer Strafzumessung von einem Betäubungsmittelhandel ausgeht. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen und die Sache zur neuen Festsetzung und Begründung der Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.5. Nachdem die Vorinstanz eine neue Strafzumessung vorzunehmen hat, wird sie sich erneut zur Frage der Legalprognose äussern müssen. Ausführungen zu dem vom Beschwerdeführer beantragten Aufschub der Strafe erübrigen sich daher. Gleiches gilt für dessen Antrag um gerichtshübliche Entschädigung einer allfälligen Überhaft.

3.

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Strafzumessung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Der Kanton Aargau hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren im Umfang seines Obsiegens angemessen zu entschädigen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Entschädigung ist praxisgemäss seinem Rechtsvertreter auszurichten. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird insofern gegenstandslos. Soweit der Beschwerdeführer unterliegt, ist es zufolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Im Umfang seines Unterliegens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Seiner finanziellen Lage ist bei der Festsetzung der Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 25. September 2014 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

3.

Dem Beschwerdeführer werden Gerichtskosten von Fr. 800.– auferlegt.

4.

Der Kanton Aargau hat dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 1'500.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Strafgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 29. September 2015

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: M. Widmer