

BGer 6B_85/2022 vom 25. August 2022

Bundesgericht, 2022-08-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_85_2022

FR: TF 6B_85/2022 du 25 août 2022

IT: TF 6B_85/2022 del 25 agosto 2022

Erwägungen

E. 1.1

In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht ist keine Appellationsinstanz. Es genügt nicht, einen Standpunkt frei zu diskutieren. Vielmehr ist an der als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägung der Vorinstanz anzusetzen (BGE 146 IV 297 E. 1.2; Urteile 6B_210/2021 vom 24. März 2022 E. 2.6; 6B_576/2020 vom 18. März 2022 E. 1; 6B_970/2017 vom 17. Oktober 2017 E. 4).

Im Bereich der Beweiswürdigung verfügt das Sachgericht über ein weites Ermessen (BGE 146 IV 297 E. 2.2.5; 144 V 50 E. 4.1 f.; Urteil 6B_1067/2020 vom 5. Mai 2021 E. 1.1). Die Rüge der Verletzung von Grundrechten (einschliesslich Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung) muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids präzise vorgebracht und substantiiert begründet werden, andernfalls wird darauf nicht eingetreten (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 148 IV 39 E. 2.3.5 und E. 2.6; 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; Urteil 6B_423/2021 vom 17. Februar 2022 E. 1.1).

E. 1.2

Der Beschwerdeführer rügt mehrfach die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, ohne eine einschlägige Norm zu bezeichnen, die verletzt sein soll. Die Rüge betrifft die Urteils-motivation. Nach der Rechtsprechung muss die Entscheidungsbegründung kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht leiten liess und auf die es seinen Entscheid stützt. Dabei kommt es auf den Einzelfall an, jedoch ist nicht eine detaillierte Antwort auf jedes Argument gefordert (BGE 146 IV 297 E. 2.2.7; 141 IV 249 E. 1.3.1). Die Begründungspflicht ist eingehalten, wenn die Gründe erkennbar sind, von welchen sich die Behörde bei ihrem Entscheid hat leiten lassen, selbst wenn die angegebene Begründung falsch ist. Im Übrigen kann die Begründung implizit erfolgen und sich aus verschiedenen Erwägungen des angefochtenen Entscheids ergeben (BGE 141 V 557 E. 3.2.1).

Der Beschwerdeführer konnte das Urteil sachgerecht anfechten. Soweit die Rüge einer Gehörsrechtsverletzung überhaupt genügend substantiiert wird, ist sie abzuweisen. Die Rüge der vorinstanzlichen "aktenwidrigen Behauptung" zur hierarchischen Einstufung mit der Geltendmachung einer blossen Gehilfenschaft gestützt auf ein Zitat aus dem vorinstanzlichen Plädoyer der Verteidigung genügt den qualifizierten Begründungsanforderungen nicht (oben E. 1.1), sodass darauf nicht einzutreten ist (vgl. aber unten E. 2.2.1).

E. 2

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung von Art 47 StGB und in diesem Rahmen mehrfach die Verletzung seines Gehörsrechts.

E. 2.1

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 StGB). Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19). Das Verschulden bestimmt sich nach allen objektiven und subjektiven Umständen (BGE 141 IV 61 E. 6.1.1 S. 66 f.).

Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts greift auf Beschwerde hin 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 beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat. Besonders hohe Anforderungen an die Begründung der Strafzumessung werden unter anderem gestellt, wenn die ausgesprochene Strafe ungewöhnlich hoch oder auffallend milde ist (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f. mit Hinweis auf BGE 127 IV 101 E. 2c S. 104: "Il ne peut intervenir, en considérant le droit fédéral comme violé, que si ce dernier a fait un usage vraiment insoutenable de la marge de manoeuvre que lui accorde le droit fédéral."; Urteile 6B_1368/2020 vom 30. Mai 2022 E. 3.3; 6B_1074/2020 vom 3. Februar 2021 E. 1.2 f.; je mit Hinweisen).

Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Es hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, sodass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 144 IV 313 E. 1.2; 136 IV 55 E. 5.6; 134 IV 17 E. 2.1).

E. 2.2.1

Der Beschwerdeführer rügt im Rahmen der Strafzumessung, die Vorinstanz folge aktenwidrig den Ausführungen des Verteidigers nicht, dass er nur als Gehilfe von Hintermännern zu betrachten sei. Der Verteidiger habe in seinem Plädoyer vor der Vorinstanz vorgetragen, nach dem fallbearbeitenden polizeilichen Sachbearbeiter habe sich der Beschwerdeführer klar in der unteren Hälfte der Hierarchie befunden und sei einfach ausgenützt worden; dass er auch ein Gehilfe von B. _____ "gewesen sein soll" und immer wieder von diesem und anderen "übers Ohr gehauen wurde"; dass er als einziger in der Schweiz legal Anwesender eine reguläre Wohnung hatte, "hievt ihn in eine, von aussen betrachtet, zentrale Position, die aber nicht der Realität entsprach" (Beschwerde S. 7).

E. 2.2.2

Die Vorinstanz setzt sich mit diesen Ausführungen auseinander, sodass eine Gehörsrechtsverletzung zu verneinen ist (oben E. 1.2). Sie kommt in ihrer Würdigung zum Ergebnis, es möge sein, dass andere mehr Profit aus den Drogengeschäften gezogen hätten als er selbst. Allein seine Entscheidkompetenz und seine selbständige Handelstätigkeit belegten, dass er nicht nur untergeordnete Dienste geleistet habe; einem Gehilfen würde man nicht derartige Mengen von Drogen überlassen. Er habe den Drogenhandel in mittlerer Stufe eigenständig organisiert und keinesfalls bloss auf konkrete Anweisungen hin

gehandelt (Urteil S. 31 f.).

Mit seiner Rüge vermag der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Beurteilung der ihm zugeordneten Hierarchiestufe in tatsächlicher Hinsicht nicht zu entkräften. Das Bundesgericht legt auch bei der Strafzumessung unter Vorbehalt der Normierung von Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Eine qualifizierte Anfechtung findet sich in der Beschwerde nicht, sodass darauf nicht weiter einzutreten ist.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer macht mehrfach eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs hinsichtlich der vorinstanzlichen Motivation des Urteils geltend, indem die Vorinstanz in mehreren Punkten die Strafzumessung nicht näher begründe und pauschal auf das erstinstanzliche Urteil verweise.

Er nennt entgegen der Vorschrift von Art. 42 Abs. 2 BGG keine Rechtsnorm, die verletzt sein soll. Die Rüge einer Grundrechtsverletzung bedürfte der qualifizierten Begründung im Sinne von Art. 106 Abs. 2 BGG ; da es daran fehlt, ist in dieser Hinsicht auf die Rüge nicht einzutreten. Abzustellen ist auf den einschlägigen Art. 50 StGB (oben E. 2.1). Ob die Begründungsanforderungen erfüllt sind, ist nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen. Das gilt ebenfalls bezüglich des Vorwurfs der pauschalen Verweisung auf das erstinstanzliche Urteil.

E. 2.4.1

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Staatsanwaltschaft habe wegen 7 kg Drogenabgaben und 7 kg Drogenbezüge 8 Jahre Freiheitsentzug beantragt.

Die Erstinstanz habe ihn wegen insgesamt 8'021,7 g Heroingemischs verurteilt (5'832,7 g Heroinübergaben, 2'189 g Heroinbezügen; erstinstanzliches Urteil S. 189 ff.). Die Reinsubstanz betrage 1'135,7 g beim verkauften und 656,7 g beim bezogenen Heroin und damit total 1'792,4 g. Trotz der massiven Teilfreisprüche habe die Erstinstanz das von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafmass lediglich auf 7 Jahre reduziert.

Vor der Vorinstanz habe er auf diese Widersprüchlichkeit hingewiesen. Diese verurteile ihn wegen 5'686 g Heroingemischs zuzüglich 230 g Streckmittel bei einem durchschnittlichen Reinheitsgrad von 18 % und einer Reinsubstanz von 1'023 g zu 6 3/4 Jahren Freiheitsstrafe. Die Vorinstanz komme im Ergebnis auf das gleiche Strafmass wie die Erstinstanz, obwohl sie ihn von mehreren Vorwürfen im Umfang von 2,333 kg Heroingemisch zusätzlich freispreche. Sie setze sich nicht mit dem erstinstanzlichen Urteil auseinander.

Weiter sei nicht ersichtlich, wie die Vorinstanz die Einsatzstrafe von fünfeinhalb Jahren konkret berechne und wie sie auf die ausgefallte Strafe komme. Sie werte sein angeblich gewerbliches Vorgehen als strafe erhöhend. Diese Form der Begehung sei nie angeklagt gewesen. Zum Nachtatverhalten sei positiv zu werten, dass er die in seiner Wohnung gefundenen Drogen "auf seine Kappe genommen habe", denn er hätte diese Menge dem Kopf der Gruppe, B. _____, zuweisen können. Die vorinstanzlich angenommene Hierarchiestufe stehe im gewichtigen Kontrast zur Erstinstanz. Er sei zu maximal 36 Monaten Freiheitsstrafe zu verurteilen.

E. 2.4.2

Die Vorinstanz führt aus, die Menge der gehandelten Drogen, vorliegend rund 1'023 g reiner Heroinwirkstoff (entsprechend 18 % von 5'686 g), sei ein zentrales, meistens sogar bestimmendes Strafzumessungskriterium bei Betäubungsmitteldelikten. Die Menge spiele letztlich den Deliktserfolg wieder. Dennoch könne anderen Faktoren eine wichtigere Bedeutung zukommen.

Nach der Vorinstanz sticht ins Auge, mit welcher Regelmässigkeit der Beschwerdeführer Drogen umgesetzt habe. Wenn die Verteidigung geltend mache, er sei weiterhin berufstätig gewesen, was auf eine untergeordnete Rolle schliessen lasse, könne dem nicht gefolgt werden. Eher erscheine das Wort "gewerbmässig", zumindest angesichts des zeitlichen Aufwands, sehr treffend. Es mache den Anschein, dass er praktisch über grenzenlose Beschaffungskapazitäten verfügt habe und der Umfang seines Handelns primär davon abgehängt habe, wie viele Abnehmer er habe finden können. Er habe seine Wohnung als Drogenumschlagplatz benützt. Seine kriminelle Energie sei gross gewesen, von einer gewissen Zurückhaltung, Angst oder sogar Skrupel sei nicht ansatzweise etwas spürbar. Innerhalb der Drogenhierarchie sei er auf einer mittleren Stufe im Zwischenhandel anzusiedeln. Es sei weder süchtig noch blosser Befehlsempfänger gewesen und habe auch nicht direkt an Endverbraucher verkauft. Eine Einsatzstrafe von 5 ½ Jahren erscheine angemessen (mit Hinweis auf FINGERHUTH/ SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, 2016, S. 547). Bei einer Menge von rund einem Kilogramm Heroin-Reinsubstanz sei von einer Strafe im Bereich von 48 Monaten auszugehen. Vorliegend sei weniger die Menge als der professionell in der Art eines Gewerbes aufgezugene regelmässige Handel verschuldensprägend, weshalb eine höhere Strafe angezeigt sei (auch die zitierten Autoren würden Zuschläge von bis zu 50 % wegen einschlägiger Vorstrafen und 20 % bei hoher Anzahl von Geschäften vorschlagen, a.a.O., S. 548).

E. 2.4.3

Das Berufungsgericht fällt ein neues Urteil (Art. 408 StPO). Es hat eine eigene Strafe festzusetzen und kann sich nicht mit einer Überprüfung der erstinstanzlichen Strafzumessungserwägungen begnügen (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3). Es ist aber nicht an die Einschätzung des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, sondern nimmt grundsätzlich eine eigene Strafzumessung vor, in die das Bundesgericht nur bei klaren Verstössen gegen Bundesrecht eingreift (Urteil 6B_200/2022 vom 23. Mai 2022 E. 3.4.1). Besondere Anforderungen an die Begründung werden gestellt, wenn die Strafe ungewöhnlich hoch oder auffallend milde (oben E. 2.1) oder deutlich über dem Antrag der Staatsanwaltschaft ausfällt (Urteil 6B_200/2022 vom 23. Mai 2022 E. 3.4.1).

Das Recht auf Begründung gilt nicht absolut und die Rechtsmittelinstanz kann gemäss Art. 82 Abs. 4 StPO auf die erstinstanzlichen Erwägungen verweisen (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1157). Nach der Rechtsprechung ist von der Verweisung zurückhaltend Gebrauch zu machen, da andernfalls bei der das Rechtsmittel ergreifenden Person der Eindruck entstehen kann, die Rechtsmittelinstanz setze sich mit ihren Vorbringen nicht auseinander. Die Verweisung findet ihre Grenze, wenn sich nicht mehr ohne Weiteres feststellen lässt, was die massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Rechtsmittelinstanz sind (BGE 141 IV 244 E. 1.2.2; Urteil 6B_1427/2020 vom 28. Juni 2021 E. 4.4, 5.3).

E. 2.4.4

Die Vorinstanz verweist ausnahmslos zustimmend auf die erstinstanzlichen Erwägungen zur Strafzumessung (um Wiederholungen zu vermeiden; Urteil S. 32 mit Verweisung auf das erstinstanzliche Urteil S. 204-217). Damit verbleibt für den Beschwerdeführer keine Unklarheit. Sodann legt die Vorinstanz die ihr wesentlichen Strafzumessungstatsachen auf drei Seiten dar. Diese Motivierung des Urteils vermittels der zusätzlichen Verweisung gemäss Art. 82 Abs. 4 StPO ist nicht zu beanstanden (vgl. oben E. 1.2, 2.1 und 2.4.3).

Weder ist die Strafe ungewöhnlich hoch, noch auffallend milde oder deutlich über dem Antrag der Staatsanwaltschaft. Nicht erhebliche Elemente kann die Vorinstanz stillschweigend übergehen (Urteil 6B_690/2021 vom 28. März 2022 E. 2.1). Das Urteil bildet ein Ganzes ("le jugement forme un tout"), und es ist zuzugestehen, dass das Gericht die Gesamtheit der entscheidenderheblichen Tatsachen im Bewusstsein hat; es muss nicht jedes Element in der Begründung erneut bekräftigt werden (Urteil 6B_630/2021 vom 2. Juni 2022 E. 1.3.1). Insoweit kann die Begründung auch implizit erfolgen (oben E. 1.2). Wie sich ergibt, ist die Motivation des Strafmasses hinreichend und nachvollziehbar.

E. 2.4.5

Es ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Vorinstanz zwar die hohe Drogenmenge ohne Ermessensverletzung gewichtet, dass im Übrigen aber die "professionelle" Drogenhandelstätigkeit des "praktisch über grenzenlose Beschaffungskapazitäten" verfügenden, einschlägig vorbestraften, skrupellosen Beschwerdeführers wesentlich ins Gewicht fällt. Die Vorinstanz legt ihrer Strafzumessung keineswegs eine nichtangeklagte Qualifikation wegen Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG zugrunde; vielmehr bezieht sie sich an der gerügten Stelle auf die Argumentation des Beschwerdeführers, wonach er "berufstätig" gewesen sei, und entgegnet, das Wort "gewerbsmässig" wäre zumindest des zeitlichen Aufwands wegen "sehr treffend" (Urteil S. 33). Weder diese Erwägung einerseits noch die Berücksichtigung des eine grosse kriminelle Energie voraussetzenden Ausmasses des Drogenhandels ("professionell in der Art eines Gewerbes", oben E. 2.4.2) andererseits erweisen sich als bundesrechtswidrig. Ebenso wenig verletzt die entgegen der Beschwerde S. 4 hinreichend begründete Annahme der Einsatzstrafe Bundesrecht.

Die hierarchische Einstufung ist zureichend begründet (vgl. bereits oben E. 2.2). Die Hierarchiestufe ist neben der Drogenmenge ein

wesentliches Strafzumessungskriterium. Die Orientierung an den bekannten Richtlinien (vgl. Urteil 6B_603/2021 vom 18. Mai 2022 E. 4.2; WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., NN. 215 ff. zu Art. 47 StGB) wird von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt. Sie dürfen nicht starr und schematisch angewendet werden. Sie haben Richtlinienfunktion und dienen Gerichten als Orientierungshilfe, ohne sie zu binden oder zu hindern, die ihrer Überzeugung entsprechende schuldangemessene Strafe im Sinne von Art. 47 StGB auszusprechen (Urteile 6B_662/2015 vom 12. Januar 2016 E. 2.4; 6S.560/1996 vom 9. September 1996 E. 2a). Eine tiefere Hierarchiestufe führt denn auch nicht zwingend zu einer mildereren Verschuldensbeurteilung (Urteil 6B_683/2012 vom 15. Juli 2013 E. 3.4).

E. 2.4.6

Bei den Täterkomponenten gewichtet die Vorinstanz zutreffend die einschlägige deutsche Vorstrafe von vier Jahren Freiheitsstrafe und damit die Tatsache, dass er nach deren Vollzug wieder intensiv den Betäubungsmittelhandel in der Schweiz betrieb (Urteil S. 33). Von Reue oder erheblicher Erleichterung der Untersuchung kann nicht die Rede sein. Das

Nachtatverhalten wertet die Vorinstanz strafzumessungsneutral. Er habe eine gute Jugend erlebt und eine gute Ausbildung erhalten. Die Erstinstanz habe ihm wegen der Dauer des Hauptverfahrens eine Strafminderung von 4 Monaten zugestanden. Für die Verzögerung des Berufungsverfahrens wegen Einholens des Stimmengutachtens rechtfertige sich eine weitere Reduktion um drei Monate (wegen "Verfahrensverschleppung", wie der Beschwerdeführer anmerkt, Beschwerde S. 3).

Zu diesen Erwägungen ist lediglich anzumerken, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern die Behauptung des Beschwerdeführers, er habe die eigentlich B._____ zuzurechnende Drogenmenge auf sich genommen (oben E. 2.4.1), unter dem Titel des Nachtatverhaltens positiv zu werten wäre (zum Mitbeschuldigten B._____ das Urteil 6B_149/2022 vom 25. August 2022 E. 2 eines weiteren Mitbeschuldigten).

Das Strafmass verletzt kein Bundesrecht. Es liegt kein Rechtsgrund vor, um das Strafmass auf 36 Monate Freiheitsstrafe zu senken und eine erlittene Überhaft zu entschädigen (Beschwerde S. 8). Diese Rechtsbegehren sind abzuweisen.

E. 3

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 29 Abs. 3 BV ; Art. 64 Abs. 1 BGG ; BGE 142 III 138 E. 5.1 ; 129 I 129 E. 2.3.1). Der Beschwerdeführer reicht im Nachgang zur ungenügend begründeten Beschwerde (S. 8) mit Schreiben vom 22. Februar 2022 Belege für den Bedürftigkeitsnachweis ein (BGE 125 IV 161 E. 4). Eine Bedürftigkeit lässt sich noch annehmen. Praxisgemäss werden der unterliegenden Person bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege mit nachgewiesener Bedürftigkeit die Gerichtskosten herabgesetzt (Urteil 6B_423/2021 vom 17. Februar 2022 E. 7).

Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos geworden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.