

# **BGer 6B 971/2010 vom 10. Mai 2011**

Bundesgericht, 2011-05-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_971\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_971_2010)

FR: TF 6B 971/2010 du 10 mai 2011

IT: TF 6B 971/2010 del 10 maggio 2011

## **Regeste**

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; Strafzumessung; Grundsatz in dubio pro reo | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Soweit der Beschwerdeführer Tatsachen vorbringt, welche sich nach dem vorinstanzlichen Urteil zugetragen haben oder soweit er neue Beweismittel (z.B. weitere Zeugen, Beschwerde S. 12) beantragt, ist auf seine Beschwerde nicht einzutreten ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Ebenso ist auf die Ausführungen zu einem früheren, rechtskräftig erledigten Strafverfahren und zur Versetzung in eine andere Vollzugsanstalt nicht eintreten. Diese Fragen sind nicht Gegenstand des angefochtenen Urteils. Auch auf die Ausführungen, welche den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht genügen (so z.B. im Zusammenhang mit den Konfrontationseinvernahmen sei " § 108 Abs. 3 StPO " verletzt [Beschwerde S. 5]), ist nicht einzutreten ( BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53 mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss, die vor- und erstinstanzlichen Richter seien befangen. Die Urteile seien von vornherein festgestanden. Die Protokolle seien so abgeändert worden, dass eine Verurteilung resultiere. Namentlich bevorzugten die Richter Schweizer Bürger, z.B. den Zeugen A.\_\_\_\_\_, gegenüber ihm als albanischen Staatsangehörigen (Beschwerde S. 6, 8, 12, 21 f., 23, 25).

#### **E. 2.2.1**

Die gegen die erstinstanzlichen Richter erhobene Rüge der Befangenheit erweist sich als verspätet. Der Beschwerdeführer, welcher seine Beanstandung auf das erstinstanzliche Verfahren bezieht, hat es unterlassen, diese unverzüglich geltend zu machen (vgl. BGE 128 V 82 E. 2b S. 85 mit Hinweisen).

#### **E. 2.2.2**

Hinsichtlich der gegen die vorinstanzlichen Richter vorgebrachten Befangenheit legt der Beschwerdeführer nicht ansatzweise und anhand von objektiven Anhaltspunkten dar, was ihn zu einer solchen Annahme veranlasst. Dass das Ergebnis der richterlichen Beurteilungen nicht in seinem Sinn ausgefallen ist bzw. die Richter seinen Antrag auf Unterzeichnung des Verhandlungsprotokolls durch den Zeugen A.\_\_\_\_\_ ablehnten, reicht zur Bejahung der Befangenheit nicht aus. Die Rüge ist unbegründet, soweit darauf einzutreten ist (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG zu den Begründungsanforderungen).

### **E. 3.1.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, sein Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 3 EMRK sei verletzt worden. Er habe vor den Konfrontationseinvernahmen die Einvernahmeprotokolle der Zeugen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ nicht lesen dürfen. Um Widersprüche aufzudecken und Ergänzungsfragen zu stellen, hätte er den Inhalt der früheren Befragungen kennen müssen (Beschwerde S. 5, 23).

### **E. 3.1.2**

Nach der Verfahrensgarantie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat der Angeschuldigte Anspruch darauf, dem Belastungszeugen Fragen zu stellen. Dies ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK . Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessen und hinreichend Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Zeugen zu richten, wobei als Zeugenaussagen auch in der Voruntersuchung gemachte Aussagen vor Polizeiorganen gelten. Der Beschuldigte muss in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage zu stellen (zum Ganzen BGE 133 I 33 E. 3.1).

### **E. 3.1.3**

Der Beschwerdeführer wurde mit dem Zeugen A.\_\_\_\_\_ sowohl im Ermittlungsverfahren vom 26. Februar 2009 als auch an den erst- und zweitinstanzlichen Hauptverhandlungen vom 11. Dezember 2009 und 25. August 2010 konfrontiert. Er erhielt vor den Hauptverhandlungen Akteneinsicht, weshalb es ihm entgegen seiner Auffassung möglich war, dem Belastungszeugen A.\_\_\_\_\_ in Kenntnis aller Einvernahmen gezielt Fragen zu stellen. Hinsichtlich des Zeugen B.\_\_\_\_\_ trifft es zu, dass der Beschwerdeführer dessen Aussageprotokolle nicht vor der Konfrontation eingesehen hatte. Die vorgängige Akteneinsicht ist jedoch nicht Gültigkeitserfordernis für die Verwertbarkeit der Konfrontationseinvernahme. Vielmehr reicht es nach Art. 6 Ziff. 3 EMRK aus, die belastenden Aussagen dem Beschuldigten während der Konfrontation zu unterbreiten. Im Übrigen verlangte der Beschwerdeführer trotz anwaltlicher Vertretung nicht, die Einvernahmeprotokolle des Zeugen B.\_\_\_\_\_ vorgängig zu lesen. Auch nach der gewährten Akteneinsicht machte er nicht geltend, aufgrund neuer Erkenntnisse aus den Aussagen des Zeugen B.\_\_\_\_\_ sei eine weitere Konfrontation mit diesem erforderlich. Die Rügen erweisen sich als unbegründet.

### **E. 3.2.1**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe seinen Antrag auf Befragung des Zeugen C.\_\_\_\_\_ zu Unrecht abgewiesen. Weder sein amtlicher Verteidiger noch er selbst hätten an der Einvernahme teilnehmen können. Es seien Ergänzungsfragen offen geblieben (Beschwerde S. 7 f., S. 23).

### **E. 3.2.2**

Der Beschwerdeführer legt nicht dar, was der Zeuge C.\_\_\_\_\_, welcher den Zeugen A.\_\_\_\_\_ nach Biberist gefahren hatte, zur Drogenübergabe hätte sagen können. Insbesondere gab der Zeuge C.\_\_\_\_\_ an, er selbst habe das Drogengeschäft nicht beobachtet, da der Zeuge A.\_\_\_\_\_ zu diesem Zweck in ein anderes Auto gestiegen und weggefahren sei (act. 129 ff.). Jedenfalls bestreitet der Beschwerdeführer selbst nicht, den Zeugen A.\_\_\_\_\_ in seinem Zimmer im Restaurant D.\_\_\_\_\_ im Februar 2008 getroffen zu haben (Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung S. 6). Die Rüge ist

abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet, sein Anwalt habe an der Einvernahme des Zeugen A.\_\_\_\_\_ vom 11. Mai 2009 nicht teilnehmen dürfen. Der Termin sei ihm nicht mitgeteilt worden. Zudem habe er dieses Protokoll erst nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung einsehen können.

#### **E. 4.2**

Nach § 95 Abs. 2 der Strafprozessordnung des Kantons Solothurn vom 7. Juni 1970 (aStPO/SO), welche per 1. Januar 2011 aufgehoben wurde, aber auf den vorliegenden Fall übergangsrechtlich noch anwendbar ist (vgl. Art. 453 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0), können der Beschuldigte und sein Verteidiger an Beweisaufnahmen teilnehmen, wenn es der Untersuchungszweck nicht verbietet. Sie können sich zur Person eines Sachverständigen äussern und diesem und den Zeugen Fragen stellen oder stellen lassen.

#### **E. 4.3**

Zweck der Teilnahme des Beschuldigten bzw. seines Vertreters an Einvernahmen ist, dass er Belastungszeugen Fragen stellen, deren Aussagen kritisch hinterfragen und ins rechte Licht rücken kann. Auch wenn der Beschwerdeführer und sein Verteidiger der Einvernahme vom 11. Mai 2009 nicht beiwohnten (vgl. act. 088), konnten sie dem Belastungszeugen A.\_\_\_\_\_ in Kenntnis der bereits protokollierten Aussagen jedenfalls in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung Ergänzungsfragen stellen. Soweit die erste Instanz § 95 Abs. 2 aStPO/SO verletzte, was vorliegend offen bleiben kann, wurde der Mangel im Verfahren vor Obergericht geheilt.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe seinen Antrag auf Unterzeichnung des Hauptverhandlungsprotokolls durch den Zeugen A.\_\_\_\_\_ zu Unrecht abgewiesen. Sie verletze § 92 Abs. 4 und § 114 Abs. 2 aStPO/SO (Beschwerde S. 23).

#### **E. 5.2**

Besteht der Verdacht des falschen Zeugnisses, so sind auf Beschluss des Gerichts hin die Aussagen des Zeugen in ihrem wesentlichen Inhalt nach in einem besonderen Protokoll festzuhalten, das vom Zeugen gelesen oder ihm vorgelesen wird und das er zu unterzeichnen hat (§ 114 Abs. 2 aStPO/SO).

#### **E. 5.3**

Die Vorinstanz durfte die Aussagen des Zeugen A.\_\_\_\_\_ ohne Willkür als glaubhaft würdigen (vgl. nachfolgend E. 7). Es ist nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz von einer Protokollierung und Unterzeichnung nach § 114 Abs. 2 aStPO/SO absah. § 92 Abs. 4 aStPO/SO regelt die Protokollierungspflicht im Untersuchungsverfahren vor der Staatsanwaltschaft und ist für das Verfahren vor Vorinstanz entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht von Bedeutung. Seine Rüge geht fehl.

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe ihm das letzte Wort verwehrt (Beschwerde S. 25). Er legt jedoch nicht näher dar, welche Verfahrensvorschriften verletzt wären und welche Auswirkungen die behauptete Rechtsverletzung auf den Entscheid in der Sache gehabt hätte. Darauf ist nicht einzutreten (vgl. BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53 mit Hinweisen).

#### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer rügt sinngemäss, die Vorinstanz stelle den Sachverhalt willkürlich fest. Sie stütze sich zu Unrecht auf die widersprüchlichen und ungläubhaften Aussagen des einzigen Belastungszeugen, A.\_\_\_\_\_, ab. Auch die weiteren Beweise, insbesondere die Passeinträge, würdige sie einseitig zu seinen Lasten und verstosse gegen die Unschuldsvermutung.

#### **E. 7.2**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Beschwerdeführer, welcher den Zeugen A.\_\_\_\_\_ anlässlich eines Gefängnisaufenthalts kennen lernte, diesem im Oktober und November 2007 sowie im Januar oder Februar 2008 einmal 100 Gramm und zweimal 200 Gramm Heroin auf Kommission übergab. Die Beiden trafen sich jeweils am Bahnhof Solothurn. Die dritte Lieferung war von derart schlechter Qualität, dass A.\_\_\_\_\_ auf einer Rücknahme bestand und der Beschwerdeführer diese 200 Gramm austauschte. Für den Austausch verabredeten sie sich am Bahnhof Biberist. Gestützt auf die Analyse des Instituts für Rechtsmedizin betrug der durchschnittliche Reinheitsgrad 11%. Beim Heroin sehr schlechter Qualität, welches der Beschwerdeführer zurücknahm, geht die Vorinstanz von der Hälfte, d.h. von 5% aus. Insgesamt lieferte der Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ von Oktober 2007 bis am 16. Februar 2008 700 Gramm gestrecktes bzw. rund 65 Gramm reines Heroin (angefochtenes Urteil S. 19 f.).

#### **E. 7.3**

Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann 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 ; Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ; vgl. zur offensichtlichen Unrichtigkeit bzw. Willkür BGE 134 IV 36 E. 1.4.1 S. 39 und 134 I 140 E. 5.1 S. 148, je mit Hinweisen). Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft das Bundesgericht, inwiefern das Sachgericht den Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel verletzt hat ( BGE 127 I 38 E. 2a S. 40 f. mit Hinweisen). Zu den Begründungsanforderungen an eine Willkürüge nach Art. 106 Abs. 2 BGG kann auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen werden ( BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53 mit Hinweisen).

#### **E. 7.4**

Soweit sich der Beschwerdeführer nicht mit dem angefochtenen Urteil auseinandersetzt, sondern lediglich darlegt, wie die Beweise aus seiner Sicht zu würdigen gewesen wären, erschöpfen sich seine Vorbringen in appellatorischer Kritik. Dies gilt etwa für seine Ausführungen, die einzigen konstanten Aussagen des Zeugen A.\_\_\_\_\_ seien jene zur Anzahl und zur Menge des gelieferten Heroins. Der Zeuge A.\_\_\_\_\_ mache widersprüchliche Angaben, ob er anlässlich der behaupteten Drogenübergabe im Zimmer des Beschwerdeführers gewesen sei. Nur aufgrund der Tatsache, dass der Zeuge A.\_\_\_\_\_ sich selbst belaste, seien seine Aussagen nicht glaubhaft. Sein täglicher

Konsum harter Drogen spreche dafür, dass er lüge. Sie seien nie zusammen auf einem Gefangenentransport gewesen und hätten keine Geheimsprache für den späteren Drogenhandel abgemacht. Auf diese und weitere gleichartige Vorbringen, worin sich der Beschwerdeführer nicht mit der vorinstanzlichen Beweiswürdigung befasst (vgl. angefochtenes Urteil S. 15 bis S. 20), ist nicht einzutreten. Ebenfalls nicht einzugehen ist auf Ausführungen des Beschwerdeführers, die nichts zum angefochtenen Sachverhalt beitragen, so etwa zu den Angaben des Zeugen A. \_\_\_\_\_ hinsichtlich eines anderen Drogenlieferanten E. \_\_\_\_\_ sowie zu den Ferien auf Mallorca.

#### **E. 7.5.1**

Die Vorinstanz würdigt die Aussagen des Beschwerdeführers, der Zeugen A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_, der Ehefrau des Beschwerdeführers, sowie die weiteren Beweismittel (Passeinträge) differenziert (angefochtenes Urteil S. 15 bis S. 20). Sie erachtet die Aussagen des Zeugen A. \_\_\_\_\_ als glaubhaft, weil er hinsichtlich der Anzahl und der Umstände der Drogenbezüge sowie der Modalitäten (Übergabeort, Übernahme auf Kommission, Preis, Qualität, Mengen) gleichlautende Aussagen machte, diese mehrfach in Anwesenheit des Beschwerdeführers wiederholte, unter Strafandrohung als Zeuge aussagte und sich selbst schwer belastete. Der Zeuge wurde aufgrund seines Eingeständnisses zu einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten verurteilt. Die Vorinstanz schliesst ein Motiv für eine falsche Anschuldigung aus, weil der Zeuge erklärte, der Beschwerdeführer sei trotz der Geldschulden immer freundlich zu ihm. Zudem stimmen die Aussagen zweier weiterer Zeugen mit dem vom Zeugen A. \_\_\_\_\_ geschilderten Sachverhalt überein. So sagte C. \_\_\_\_\_ aus, er habe den Zeugen A. \_\_\_\_\_ nach Biberist gefahren. Dort sei dieser in ein anderes Fahrzeug gestiegen. Als Entgelt für die Fahrt habe ihm der Zeuge A. \_\_\_\_\_ 5 Gramm Heroin gegeben. B. \_\_\_\_\_ gab zu Protokoll, der Beschwerdeführer habe sich ungefähr im Februar 2008 im Haus des Restaurants D. \_\_\_\_\_ aufgehalten, wo der Austausch des Heroins stattfand. Der Glaubhaftigkeit nicht abträglich ist die Unsicherheit der Zeugen A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ hinsichtlich des Zeitpunkts, wann sich der Beschwerdeführer im besagten Restaurant aufgehalten hatte. Sowohl der Beschwerdeführer als auch der Zeuge A. \_\_\_\_\_ grenzen dieses unbestrittene Treffen auf den Zeitpunkt eines bestimmten Fussballspiels (Juventus Turin gegen AS Roma) ein. Weiter berücksichtigt die Vorinstanz den Umstand, dass der Zeuge A. \_\_\_\_\_ gewisse Aussagen spontan präzierte (z.B. dass er sich wegen Migräne beim Beschwerdeführer erbrechen musste), Erinnerungslücken eingestand und lange Zeit seit den Ereignissen vergangen ist. Nach ihrer zutreffenden Auffassung bestand aufgrund der sozialen Eingliederung des Zeugen A. \_\_\_\_\_ kein Anlass, aus dem Drogenkonsum generell auf die Unglaubhaftigkeit seiner Aussagen zu schliessen. Eine Bestätigung in der Darstellung des Zeugen A. \_\_\_\_\_ sieht die Vorinstanz schliesslich darin, dass der Beschwerdeführer versuchte, den Zeugen telefonisch zu kontaktieren. Dies lässt sich in Einklang mit der Eintreibung der Geldschulden bringen. In ihre Würdigung bezieht sie ein, dass die Aussagen des Beschwerdeführers zum Grund für den Aufenthalt im Restaurant D. \_\_\_\_\_ (Arbeitssuche trotz gutbezahlter Arbeit in Albanien, Wettschulden) schwanken.

#### **E. 7.5.2**

Der von der Vorinstanz gezogene Schluss, die Aussagen des Zeugen A. \_\_\_\_\_ zu den Drogenbezügen beim Beschwerdeführer seien glaubhaft, ist nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers gibt es keine objektiven Anhaltspunkte für eine Absprache der Zeugen A. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_. Insbesondere stimmen ihre ersten

zeitlichen Angaben zum Vorfall nicht überein (angefochtenes Urteil S. 7: Januar 2008 gemäss der Erstaussage des Zeugen A.\_\_\_\_\_; angefochtenes Urteil S. 12: ungefähr 16. Februar 2008 gemäss Erstaussage des Zeugen C.\_\_\_\_\_. Dass der Zeuge A.\_\_\_\_\_ seine Angaben anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung anpasste und sagte, der Austausch könne zwischen Januar und April 2008 stattgefunden haben (angefochtenes Urteil S. 9 unten), lässt die vorinstanzliche Beweiswürdigung, welche den Tag des Drogenaustauschs infolge übereinstimmender Aussagen des Beschwerdeführers und des Zeugen A.\_\_\_\_\_ auf den Tag eines bestimmten Fussballspiels eingrenzt, nicht als unhaltbar erscheinen (angefochtenes Urteil S. 17). Nichts zum Wahrheitsgehalt der Aussagen hergeleitet werden kann aus dem Umstand, dass der Zeuge A.\_\_\_\_\_ seine Parteirechte wahrnahm, seine Rechtsanwältin für die Konfrontationseinvernahme beizog und getrennte Räumlichkeiten für die Befragung beantragte. Auch der Einwand, der Zeuge habe die Identität und die Bekanntschaft mit dem Zeugen C.\_\_\_\_\_ zunächst verschwiegen, lässt das Ergebnis der vorinstanzlichen Beweiswürdigung nicht als willkürlich erscheinen.

#### **E. 7.6.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz gehe in willkürlicher Weise davon aus, sein Reisepass und die Bestätigung ("Vertetim") der Republik Albanien seien nicht hinreichend aussagekräftig, um zu belegen, dass er sich im Deliktszeitraum nicht in der Schweiz aufgehalten habe. Aus den fehlenden Stempeln im Pass ergebe sich, dass er Oktober und November 2007 bzw. im Januar 2008 nicht in die Schweiz gereist sei. Zudem sei er gemäss den Einträgen in seinem Reisepass erst am 26. Oktober 2007 von Mazedonien nach Albanien zurückgereist, weshalb aufgrund des zeitlichen Aspekts eine Reise im November ausser Betracht falle.

#### **E. 7.6.2**

Die Würdigung der Vorinstanz, wonach trotz fehlender Einträge im Pass des Beschwerdeführers eine Einreise in die Schweiz während des Deliktszeitraums grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann, ist sachlich vertretbar. Die im Pass verzeichneten einzelnen Ein- und Ausreisen in verschiedene Länder belegen nicht, wo sich der Beschwerdeführer dauerhaft aufhielt. Die Ausführungen des Beschwerdeführers sind unbehelflich.

#### **E. 8**

Da die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz nicht zu beanstanden ist, muss auf seine Ausführungen zur Strafzumessung für den Fall des verlangten Teilfreispruchs nicht eingegangen werden.

#### **E. 9**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist ebenfalls abzuweisen, da die Beschwerde von vornherein aussichtslos war ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Seinen angespannten finanziellen Verhältnissen ist bei der Bemessung der Gerichtskosten Rechnung zu tragen.