

BGer 7B_689/2023 vom 26. August 2024

Bundesgericht, 2024-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_7B_689_2023

FR: TF 7B_689/2023 du 26 août 2024

IT: TF 7B_689/2023 del 26 agosto 2024

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist ein Endentscheid in Strafsachen einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Berufung und Anschlussberufung hin geurteilt hat (Art. 80 und Art. 90 BGG). Hiergegen steht die Beschwerde in Strafsachen nach Art. 78 Abs. 1 BGG offen. Der Beschwerdeführer ist als Beschuldigter zur Beschwerde legitimiert (Art. 81 Abs. 1 lit. a und b Ziff. 1 BGG) und hat die Beschwerdefrist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG). Unter Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG) und der materiellen Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

In prozessualer Hinsicht verlangt der Beschwerdeführer, es sei vor Bundesgericht eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Er begründet diesen Antrag jedoch nicht und zeigt somit nicht auf, welche besonderen Umstände die Durchführung einer Verhandlung (Art. 57 BGG) nahelegen würden (vgl. Urteil 5A_357/2022 vom 8. November 2023 E. 2.1 mit Hinweis, nicht publ. in: BGE 150 III 113). Auf den Antrag wird deshalb nicht eingetreten.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt, in Verletzung von Art. 29 StPO sei das Verfahren von demjenigen der Mittäterin B. _____ getrennt geführt worden, was zur Nichtigkeit des gesamten Verfahrens führen müsse. Einen solchen Einwand erhebt er in dieser Form vor Bundesgericht indes zum ersten Mal. Dies zeigt sich nicht nur an den Ausführungen im angefochtenen Urteil, sondern auch am Vorwurf des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe die geschilderten Verfahrensmängel nicht erkannt. Eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör macht er in diesem Zusammenhang nicht geltend. Indem er diese formelle Rüge, deren Behandlung entsprechende tatsächliche Feststellungen der Vorinstanz zum Prozesssachverhalt bedurft hätte (Art. 105 Abs. 1 BGG), erst vor Bundesgericht vorträgt, schöpft er den kantonalen Instanzenzug (vgl. Art. 80 Abs. 1 BGG) nicht aus. Die Rüge ist entsprechend verspätet (vgl. Urteile 6B_1115/2023 vom 10. Juli 2024 E. 2.3; 6B_919/2023 vom 10. Juli 2024 E. 3.14; 7B_295/2023 vom 16. Februar 2024 E. 1.2; je mit Hinweisen). Darauf kann nicht eingetreten werden.

E. 3.2

Im Berufungsverfahren thematisiert wurde dagegen eine Verletzung der Teilnahmerechte des Beschwerdeführers an den Einvernahmen von B. _____. Die Vorinstanz bejaht eine Verletzung, hält eine Entfernung der betreffenden Einvernahmen aus den Akten jedoch nicht für notwendig, da B. _____ den Beschwerdeführer darin nicht belastet habe bzw. ihre Aussagen für die Erstellung des Sachverhalts nicht notwendig seien. Der Beschwerdeführer bestreitet dies pauschal und meint, aufgrund der Mittäterschaft seien ihm

auch Handlungen von B. _____ zugerechnet worden. Er spezifiziert seine Darstellung jedoch nicht näher und zeigt nicht auf, inwiefern die Aussagen von B. _____ zu seiner Verurteilung beigetragen haben oder für deren Nebenfolgen relevant gewesen sein sollen. Soweit er somit die Unverwertbarkeit der Einvernahmen von B. _____ vom 24. August und 29. September 2020 geltend macht, erübrigen sich weitere Ausführungen.

E. 4.1

Unter formellen Gesichtspunkten bringt der Beschwerdeführer weiter vor, die verdeckte Fahndung sei unrechtmässig gewesen und sämtliche Beweise seien als Folgebeweise unverwertbar. Der verdeckte Fahnder habe seine Kompetenzen massiv überschritten und durch sein Verhalten den Tatentschluss herbeigeführt. Die Kontaktaufnahme sei von ihm ausgegangen und er habe aktiv nach Betäubungsmitteln gefragt. Besonders problematisch sei dies, weil kein Anfangsverdacht auf eine bereits begangene Straftat bestanden habe. Hinweise auf die von der Vorinstanz diesbezüglich erwähnten "polizeilichen Erkenntnisse" fänden sich nicht in den Akten. Zur präventiven Gefahrenabwehr sei die verdeckte Fahndung nach StPO nicht zulässig. Davon abgesehen hätte es eine Reihe anderer geeigneter und milderer Zwangsmassnahmen, z.B. die Observation, gegeben. Es fehle am Nachweis, dass die Polizei andere erfolglose Ermittlungshandlungen unternommen habe, bevor sie die verdeckte Fahndung angeordnet habe. Diese halte deshalb auch dem Verhältnismässigkeitsgebot nicht stand.

E. 4.2

Eine verdeckte Fahndung liegt nach Art. 298a Abs. 1 StPO vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre wahre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen. Verdeckte Fahndung erfolgt im Rahmen relativ kurzer Einsätze, wobei sich die Fahnderinnen und Fahnder zurückhaltender verhalten als bei einer verdeckten Ermittlung und kein eigentliches Vertrauensverhältnis aufbauen (BGE 143 IV 27 E. 2.4 mit Hinweis).

E. 4.2.1

Gemäss Art. 298b Abs. 1 lit. a StPO können die Staatsanwaltschaft und, im Ermittlungsverfahren, die Polizei eine verdeckte Fahndung anordnen, wenn der Verdacht besteht, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden. Der strafprozessuale Anfangsverdacht stellt das Abgrenzungskriterium zur rein präventiven polizeilichen Tätigkeit dar, wobei die Grenze zwischen polizeirechtlicher und strafprozessualer Tätigkeit in der Praxis fließend ist. Verdeckte Ermittlung und Fahndung sind lediglich zur Abklärung bereits begangener bzw. in Ausführung begriffener Straftaten zulässig, während die polizeilichen Vorermittlungen der Verhinderung oder Erkennung zukünftiger möglicher Delikte dienen (BGE 143 IV 27 E. 2.5 mit Hinweisen). Der Verdacht auf die Begehung einer strafbaren Handlung kann auch ein bloss vager sein (Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3. Februar 2012 zur Präzisierung des Anwendungsbereichs der Bestimmungen über die verdeckte Ermittlung, BBl. 2012 5596, Ziff. 2.2.2).

E. 4.2.2

Zusätzliche Voraussetzung für die Anordnung einer verdeckten Fahndung ist, dass die bisherigen Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art.

298b Abs. 1 lit. b StPO).

E. 4.2.3

Für die Stellung, Aufgaben und Pflichten verdeckter Fahnderinnen und Fahnder gelten Art. 292 ff. sinngemäss (Art. 298c Abs. 2 StPO). Demnach dürfen sie keine allgemeine Tatbereitschaft wecken und die Tatbereitschaft nicht auf schwerere Straftaten lenken. Sie haben sich auf die Konkretisierung eines vorhandenen Tatentschlusses zu beschränken. Ihre Tätigkeit darf für den Entschluss zu einer konkreten Straftat nur von untergeordneter Bedeutung sein (Art. 293 Abs. 1 und 2 StPO). Wenn erforderlich, dürfen sie gemäss Art. 293 Abs. 3 StPO zur Anbahnung des Hauptgeschäfts Probekäufe tätigen oder ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dokumentieren.

Von einer unzulässigen Anstiftung oder Provokation ist auszugehen, wenn sich die beteiligten Beamtinnen und Beamten nicht darauf beschränken, kriminelle Handlungen in einer im Wesentlichen passiven Weise zu untersuchen, sondern einen solchen Einfluss auf die beschuldigte Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Straftat verleitet wird, die sie andernfalls nicht begangen hätte (Urteil 7B_247/2022 vom 12. September 2023 E. 3.6.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] Akbay und andere gegen Deutschland vom 15. Oktober 2020, Nr. 40495/15, § 112; je mit Hinweisen). Für die Frage, ob die Ermittlungen im Wesentlichen passiv waren, ist entscheidend, ob ein objektiver Verdacht bestand, wonach die betroffene Person in kriminelle Aktivitäten verwickelt war oder die Neigung hatte, eine Straftat zu begehen. Je nach Umständen des Einzelfalls kann im Bereich des Betäubungsmittelhandels die nachweisliche Vertrautheit mit den aktuellen Drogenpreisen und die Fähigkeit, kurzfristig Drogen zu beschaffen, als Indiz für eine bereits bestehende kriminelle Tätigkeit oder Absicht angesehen werden (Urteil des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland, a.a.O., § 114 f. mit Hinweisen). Die Ermittlungsbehörden sind unter anderem dann nicht mehr passiv, wenn sie von sich aus Kontakt zur beschuldigten Person aufnehmen, ihr Angebot trotz einer anfänglichen Ablehnung seitens der beschuldigten Person erneuern oder darauf beharren, wenn sie die beschuldigte Person mit Preisen, die den Marktwert übersteigen, ködern oder wenn sie durch Vorspiegelung von Entzugserscheinungen deren Mitleid erregen (Urteil 7B_247/2022 vom 12. September 2023 E. 3.6.2; Urteil des EGMR Akbay und andere gegen Deutschland, a.a.O., § 116; je mit Hinweisen).

E. 4.3.1

Was den Anfangsverdacht betrifft, so stützte sich die Polizei vorliegend auf eine vertrauliche Quelle, wonach über die Mobiltelefonnummer, welche später dem Beschwerdeführer zugeordnet wurde, Methamphetamin verkauft werde. Solche in einem Polizeibericht enthaltenen Informationen, deren Herkunft etwa zum Schutz der Identität von Informanten nicht preisgegeben wird, können zur Begründung des Tatverdachts verwendet werden, wenn sie angesichts der die Untersuchung begleitenden Umstände objektiv plausibel erscheinen. Dies trifft zumindest zu Beginn der Untersuchung zu, wenn noch wenig genaue Verdachtsmomente genügen können (BGE 142 IV 289 E. 2.2.1 und 2.2.3; Urteil 1B_49/2022 vom 29. August 2022 E. 3.1 und 3.4).

Weshalb es den polizeilichen Erkenntnissen an der nötigen Plausibilität mangeln sollte, tut der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Seine Behauptung, es fehlten aktenkundige Belege wie Polizeiberichte oder dergleichen, widerlegt er anschliessend gleich selber, indem er aus der Verfügung der Polizei vom 30. Juni 2020 zitiert (vgl. act.

D1/6/1-4) Die Ausgangslage wird zudem auch im Polizeirapport vom 2. Juli 2020 (act. D1/1) dokumentiert. Die verfügbaren Informationen bezogen sich auf laufende und vergangene mutmassliche Straftaten. Dass sich abgesehen vom Verkauf an den verdeckten Fahnder keine weiteren Veräusserungshandlungen erstellen liessen, ist für den Anfangsverdacht irrelevant. Mithin reichten in diesem frühen Verfahrensstadium die relativ vagen Informationen der Polizei zur Begründung eines hinreichenden Tatverdachts (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO) für die Anordnung einer verdeckten Fahndung aus.

E. 4.3.2

Betreffend Subsidiarität der verdeckten Fahndung kann sodann der Vorinstanz gefolgt werden, wenn sie ausführt, ohne die Fahndung wären die Ermittlungen aussichtslos gewesen oder zumindest unverhältnismässig erschwert worden. Insbesondere war der Polizei anfänglich weder der tatsächliche Nutzer der fraglichen Telefonnummer noch die Örtlichkeiten des mutmasslichen Drogenhandels bekannt. Weniger schwere und hinreichend effektive Zwangsmassnahmen standen in diesem Verfahrensstadium, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, nicht zur Verfügung:

Observation (Art. 282 f. StPO) ist die Ermittlungstätigkeit, bei der Vorgänge und Personen in der Öffentlichkeit systematisch und während einer gewissen Dauer beobachtet und registriert werden (Urteil 6B_1061/2020 vom 26. Oktober 2022 E. 1.5.4 mit Hinweis). Die verdeckte Fahndung war vorliegend auf eine Dauer von wenigen Stunden und sachlich auf den Abschluss eines einzelnen Betäubungsmittelgeschäfts beschränkt. Sie greift demnach weniger stark in die grundrechtlich geschützte Position des Beschwerdeführers ein als eine Observation, bei der über einen längeren Zeitraum sämtliche seiner von öffentlich zugänglichen Orten aus beobachtbaren Handlungen dokumentiert worden wären. Das gilt erst recht für die vom Beschwerdeführer weiter ins Feld geführte Überwachung des Fernmeldeverkehrs in Echtzeit (Art. 269 ff. StPO), welche auch Vorgänge aus dem Privatbereich umfasst, in der Regel Grundrechte von Dritten tangiert und aufgrund ihrer Eingriffsschwere einer Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht bedarf (Art. 272 Abs. 1 StPO). Die alleinige Erhebung von Randdaten bzw. Teilnehmeridentifikation nach Art. 273 StPO wäre im Übrigen nicht zielführend gewesen. Darüber hinaus ist den Strafverfolgungsbehörden zuzugestehen, bei gegebenen Voraussetzungen eine gewisse Zeit lang verdeckt operieren zu können, weshalb auch der Hinweis des Beschwerdeführers auf die im Anschluss an seine Identifikation bestehende Möglichkeit einer Befragung oder einer Hausdurchsuchung unbehelflich ist. Schliesslich bedarf es entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keines Nachweises erfolgloser Ermittlungshandlungen. Es ist zulässig, die Erfolglosigkeit bereits im Voraus zu antizipieren.

E. 4.3.3

Die Voraussetzungen für die Anordnung einer verdeckten Fahndung nach Art. 298b Abs. 1 StPO waren dem Gesagten zufolge erfüllt.

E. 4.4

Zu prüfen ist weiter, ob sich der verdeckte Fahnder rollenadäquat verhalten und das Mass der zulässigen Einwirkung gewahrt hat.

E. 4.4.1

Die Vorinstanz gibt den Austausch des verdeckten Fahnders mit dem Beschwerdeführer anhand der aktenkundigen WhatsApp-Chatprotokolle wie folgt wieder: Am 30. Juni 2020

um 23.27 Uhr nahm der verdeckte Fahnder mit dem Beschwerdeführer Kontakt auf und fragte nach einem Treffen. Bereits zwei Minuten nach der Kontaktaufnahme schlug der Beschwerdeführer ein Treffen "jetzt schnell" vor. Der Fahnder erklärte, er habe jetzt gerade keine Zeit, und fragte, ob der Beschwerdeführer am Folgetag auch in Zürich sei. Darauf gab dieser dem Fahnder eine andere Telefonnummer an. Der Fahnder kontaktierte den Beschwerdeführer unverzüglich über diese Nummer und meinte, er suche "roti". Der Beschwerdeführer erwiderte "erst innere Monat; jetzt hani c". Auf die Frage nach dem Preis erklärte er "100g 90.-; schüst 120.-". Der Fahnder fragte "5/600 auso?", worauf der Beschwerdeführer erneut ein Treffen jetzt gleich vorschlug. Nachdem der Fahnder abgelehnt hatte, erklärte der Beschwerdeführer, er rufe ihn am Folgetag an. All dies geschah innert insgesamt 20 Minuten. Am 1. Juli 2020 sandte der Beschwerdeführer dem verdeckten Fahnder dann (wieder über die erste verwendete Telefonnummer) seinen Standort.

E. 4.4.2

Wie sich zeigt, ging die initiale Kontaktaufnahme vom verdeckten Fahnder aus. Konkret lautete die entsprechende Nachricht "hey da ish C._____. ha dini nr. vo D._____. becho. kömer mal trefe?". Der Beschwerdeführer antwortete sogleich und fragte, wer "D._____" sei und ob "C._____" in Zürich sei. Sie könnten sich "jetzt schnell" bzw. "jetzt grad" treffen (Untersuchungsakten act. 27). Zwar geht der EGMR davon aus, dass die Ermittlungsbehörden nicht mehr passiv agieren, wenn sie von sich aus Kontakt zur beschuldigten Person aufnehmen (siehe E. 4.2.3 oben). Einzig deshalb ist jedoch nicht von einer unzulässigen Einwirkung auszugehen (vgl. Urteil des EGMR Ramanauskas gegen Littaunen vom 5. Februar 2008, Nr. 74420/01, § 67, wo mehrere Umstände in Kombination für die Annahme einer unzulässigen Tatprovokation ausschlaggebend waren). In irgendeiner Form muss der Fahnder mit der Zielperson in Kontakt treten können, ansonsten die verdeckte Fahndung in den meisten Fällen zwecklos und letztlich zu einer zahnlosen Massnahme verkommen würde. Der erste Kontakt beschränkte sich vorliegend auf die Frage nach einem Treffen. Der verdeckte Fahnder erkundigte sich erst nach "Roten" und damit nach Drogen, nachdem der Beschwerdeführer sich sehr rasch, nämlich innert zwei Minuten nach Eingang der ersten Nachricht, zu einer Verabredung mit dem ihm unbekanntem "C._____" bereit erklärt hatte. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, der Fahnder habe in unzulässiger Weise Tatbereitschaft beim Beschwerdeführer geweckt. Dieser hatte eine solche bereits signalisiert. Indem sich der Fahnder etwas präziser nach "Roten" erkundigte, tat er weiter einzig, was in dieser Situation dem rollenadäquaten Verhalten eines Interessenten am Kauf von Betäubungsmitteln entspricht. Der Beschwerdeführer hatte keine "Roten", meinte aber von sich aus, er habe "c". Auch hier zeigt sich, dass er ohne unzulässige Beeinflussung seitens der Ermittler zum Verkauf bestimmter Betäubungsmittel bereit war. Er hatte diese zudem verkaufsfertig bei sich zu Hause und konnte sie sofort liefern, was ebenfalls für die bereits vorhandene Tatbereitschaft spricht.

Davon abgesehen trifft es entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers auch nicht zu, dass der verdeckte Fahnder unerlaubterweise nach Mehrmengen verlangt hätte. Vielmehr gab der Beschwerdeführer auf Frage nach dem Preis "90.-" an, was sich auf eine Menge von 100 Gramm bezog. Der Fahnder fragte "chöntsh 6/500 mache?" - gemeint also, ob er sechs Gramm für Fr. 500.-- bekommen könne -, was der Beschwerdeführer ablehnte. Schlussendlich kam der Kauf über fünf Gramm für Fr. 600.-- zustande (Untersuchungsakten act. 27). Inwiefern der verdeckte Fahnder den Beschwerdeführer über

dessen Tatbereitschaft hinaus zum Verkauf grösserer Mengen angestiftet haben soll, ist nicht ersichtlich.

Alles in allem bewegten sich die Einwirkungshandlungen des verdeckten Fahnders im von Art. 293 Abs. 1 und 2 StPO vorgegebenen Rahmen.

E. 5.1

Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem". Er sei vom Obergericht des Kantons Bern am 4. Dezember 2018 wegen des Erwerbs von mindestens 1'579 Gramm und des Verkaufs von 787.35 Gramm Metamphetamin verurteilt worden. Gleichzeitig sei er wegen Erwerbs und Besitzes einer weiteren unbestimmten Menge Metamphetamin verurteilt worden. Davon seien lediglich 500 Gramm beschlagnahmt worden. Ein unbestimmter Teil des Metamphetamins sei nicht gefunden worden, weil er es nach wie vor in seinem Estrich unter einem Ziegelstein versteckt gehabt habe. Bei den anlässlich der Hausdurchsuchung im vorliegenden Verfahren gefundenen Drogen handle es sich um ebendieses Metamphetamin. Für dessen ununterbrochenen Besitz sei er demnach bereits rechtskräftig verurteilt worden.

E. 5.2

Der Grundsatz "ne bis in idem" ist in Art. 11 Abs. 1 StPO geregelt. Demnach darf, wer in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden. Das Verbot der doppelten Strafverfolgung verbietet die Wiederholung eines durch rechtskräftige Entscheidung abgeschlossenen Strafverfahrens. Es bildet mithin ein Verfahrenshindernis, das in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE 149 IV 50 E. 1.1.3; 144 IV 362 E. 1.3.2; je mit Hinweisen). Die Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem" setzt unter anderem voraus, dass dem Gericht im ersten Verfahren die Möglichkeit zugestanden haben muss, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen (BGE 135 IV 6 E. 3.3 mit Hinweis).

E. 5.3

In der Wohnung des Beschwerdeführers in Zürich wurden in einem Tresor 552 Gramm Methamphetamin mit einem Reinheitsgrad von 99 %, abgepackt in 55 Minigrip-Säcklein und diese verteilt in sechs Knittersäcken, sichergestellt. Gemäss den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hatte der Beschwerdeführer die Drogen zuvor von Bern nach Zürich gebracht, um sie - was bestritten ist - gewinnbringend zu verkaufen.

Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, handelt es sich beim Besitz von Betäubungsmitteln um ein Dauerdelikt (Urteil 6S.804/1997 vom 6. November 1998 E. 3; SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 4. Aufl. 2022, N. 75 zu Art. 19 BetmG). Auch wenn der Entscheid ausländerrechtliche Strafbestimmungen zum Gegenstand hat, kann der von der Vorinstanz angerufene BGE 135 IV 6 sodann auf die vorliegende Konstellation angewendet werden. Demnach bewirkt die Verurteilung wegen eines Dauerdelikts dessen Zäsur. Mit dem Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 4. Dezember 2018 wurde der Beschwerdeführer nur für den Drogenbesitz bis zum damaligen Zeitpunkt verurteilt. Da die Verurteilung nur die Herbeiführung und die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes bis zum Urteilszeitpunkt erfasst, ist das Aufrechterhalten des Dauerzustands nach dem Urteil als selbstständige Tat zu werten. Die Tateinheit wird durch die Verurteilung aufgehoben und für neue Delikte gilt der Grundsatz "ne bis in idem" nicht. In diesen Fällen

ist daher eine neue Verurteilung für die vom ersten Urteil nicht erfassten Tathandlungen möglich (BGE 135 IV 6 E. 3.2).

Nach dieser Rechtsprechung verletzt die Vorinstanz den Grundsatz "ne bis in idem" nicht, indem sie den Besitz von Metamphetamin für die Zeit ab dem 4. Dezember 2018 erneut sanktioniert, konnte dieser doch noch gar nicht Gegenstand des damaligen Urteils des Obergerichts des Kantons Bern gewesen sein. Dieses entfaltete insoweit keine Sperrwirkung. Die Vorinstanz weist ferner zu Recht darauf hin, dass bei gegenteiliger Beurteilung der forgesetzte Drogenbesitz nach Verbüßung der Strafe für den früheren Besitz bis auf Weiteres straffrei wäre, was nicht angehen könne.

Bei diesem Ergebnis kann mit der Vorinstanz offengelassen werden, ob es sich beim im vorliegenden Verfahren sichergestellten Metamphetamin um exakt dasjenige handelt, welches bereits Gegenstand der früheren Verurteilung war.

E. 6.1

In seinem Eventualstandpunkt bestreitet der Beschwerdeführer, Anstalten zum Verkauf des sichergestellten Metamphetamins getroffen zu haben. Die Tathandlung des "Abpackens" allein reiche für eine entsprechende Annahme nicht aus, fehle es ihr doch an der nötigen Planmässigkeit. Es hätten auch keine potenziellen Abnehmer festgestellt werden können. Entsprechend hätten seine Handlungen auch nicht die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen können.

E. 6.2

Im Zuge dieser Ausführungen verlangt der Beschwerdeführer, vom Vorwurf des Anstaltentreffens zum Verkauf freigesprochen zu werden. Wegen Vorbereitungshandlungen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG wird er jedoch gar nicht verurteilt. Die Vorinstanz hält in diesem Zusammenhang fest, die Vorbereitungshandlungen würden von den Schuldsprüchen nach Art. 19 Abs. 1 lit. c (Verkauf; fünf Gramm an den verdeckten Fahnder) und lit. d (Besitz) BetmG konsumiert. Auf das Vorbringen ist insoweit mangels rechtlich geschützten Interesses (Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG) nicht weiter einzugehen.

E. 6.3

Soweit der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen das Vorliegen einer qualifizierten Tatbegehung (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) in Frage stellt, ist Folgendes festzuhalten:

E. 6.3.1

Ein schwerer Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist gegeben, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Mit den 547 Gramm Metamphetamin, die beim Beschwerdeführer sichergestellt wurden, ist die Schwelle für die Annahme eines mengenmässig schweren Falls von 12 Gramm gemäss BGE 145 IV 312 E. 2.2 ff. weit überschritten. Bei dieser klaren Ausgangslage braucht auf die in der Lehre laut gewordene Kritik am besagten Entscheid (FIOLKA/LAUPER, BGer 6B_504/2019: Neuer Grenzwert nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG für Crystal Meth - und viele alte Probleme, AJP/2020, S. 662 ff.) nicht eingegangen zu werden.

E. 6.3.2

Die Vorinstanz führt weiter aus, Methamphetamin werde notorisch tief dosiert. Dass er die Drogenmengen zum Eigenkonsum besessen habe, mache der Beschwerdeführer zudem nicht geltend. Er und B._____ hätten die Betäubungsmittel handelsüblich portioniert. Auf eine kürzeste WhatsApp-Kommunikation hin habe der Beschwerdeführer dem ihm fremden, unbekanntem Fahnder sechs (recte: fünf) Gramm davon verkauft. Er und B._____ wären auch bereit gewesen, dem Fahnder mehr zu verkaufen, wenn er mit dem Taxi an den Wohnort der beiden mitgefahren wäre. All dies zeige, dass die grosse Gefahr bestanden habe, dass die Drogen an einen unbestimmt grossen Abnehmerkreis gelangen und damit die Gesundheit vieler Menschen gefährden würden.

E. 6.3.3

Die vorinstanzlichen Ausführungen stehen im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Dieser zufolge gelangt Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG auch zur Anwendung, wenn die Drogen noch nicht an Dritte abgegeben wurden, aber zur Abgabe an Dritte bestimmt waren. Bereits der Besitz einer qualifizierten Drogenmenge kann daher eine (ausreichende) Gefährdung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG begründen. Solches kann etwa dann der Fall sein, wenn der Täter bereits Anstalten getroffen hat, um die bei der Hausdurchsuchung sichergestellten Betäubungsmittel zu veräussern, oder wenn anderweitig feststeht, dass die Drogen für die Abgabe an Dritte bestimmt waren (Urteil 6B_134/2021 vom 20. Juni 2022 E. 1.3.5 mit Hinweisen). Aufgrund der von der Vorinstanz angeführten und vom Beschwerdeführer nicht - bzw. nicht in einer den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG genügenden Weise - bestrittenen Umstände bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Drogen zum Weiterverkauf an Dritte bestimmt waren. Dass keine konkreten Abnehmer ausfindig gemacht werden konnten, tut dem, angesichts des Gesamtbildes der Indizien, keinen Abbruch (vgl. Urteil 6B_134/2021 vom 20. Juni 2022 E. 1.5 mit Hinweisen).

E. 7.1

Wegen Besitzes von einem Gramm Kokain erklärt die Vorinstanz den Beschwerdeführer der Übertretung nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, es liege ein leichter Fall im Sinne von Art. 19a Ziff. 2 BetmG vor, denn es handle sich um eine eindeutig geringe Menge, welche nur wenige Konsumhandlungen ermögliche.

E. 7.2

Wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert oder wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 BetmG begeht, wird mit Busse bestraft (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). In leichten Fällen kann das Verfahren eingestellt oder von einer Strafe abgesehen werden. Es kann eine Verwarnung ausgesprochen werden (Art. 19a Ziff. 2 BetmG). Der "leichte Fall" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Bei dessen Anwendung verfügt der Sachrichter über einen weiten Ermessensspielraum. Bei der Beurteilung, ob ein Fall leicht ist, sind die gesamten objektiven und subjektiven Umstände zu berücksichtigen. Das Gericht darf nicht nur auf ein einziges Element, z.B. auf die Art der Droge, auf die Vorstrafen des Täters, auf die Umstände, unter denen er gehandelt hat, oder auf die geringere oder grössere Drogenabhängigkeit, abstellen. Die Annahme eines leichten Falls ist ausgeschlossen, wenn jemand regelmässig Drogen konsumiert und nicht die Absicht hat, sein Verhalten zu ändern (vgl. BGE 124 IV 184 E. 3a mit Hinweisen).

E. 7.3

Aufgrund der Angaben des Beschwerdeführers gegenüber der Staatsanwaltschaft geht die Vorinstanz davon aus, dass er mehrfach Kokain konsumiert hat. Dies stellt er vor Bundesgericht nicht in Abrede. Ausserdem berücksichtigt die Vorinstanz die einschlägigen Vorstrafen. Wenn sie angesichts dieser wiederholten Konsumhandlungen einen leichten Fall verneint, bewegt sie sich im Rahmen ihres Ermessensspielraums.

E. 8

Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung.

E. 8.1

Dabei bringt er zunächst vor, die Vorinstanz verweise in unzulässiger Weise auf die Erstinstanz, ohne eine eigene Strafzumessung vorzunehmen, und verletze dadurch ihre Begründungspflicht.

E. 8.1.1

Nach Art. 50 StGB hat das Sachgericht die für die Strafzumessung erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten und seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, sodass nachvollziehbar ist, ob alle relevanten Aspekte berücksichtigt und wie sie bewertet wurden, sei es im strafschärfenden oder strafmindernden Sinne (BGE 149 IV 217 E. 1.1; 144 IV 313 E. 1.2; je mit Hinweisen).

E. 8.1.2

Diesen Vorgaben kommt die Vorinstanz nach. Dass sie wiederholt die Überlegungen der Erstinstanz aufgreift, schadet nicht, denn sie beschränkt sich nicht auf blosser Verweise (Art. 82 Abs. 4 StPO), sondern gibt ihre wesentlichen Erwägungen frei wieder. Die einzelnen Strafzumessungsschritte sind ohne weiteres nachvollziehbar.

E. 8.2

Im Anschluss nennt der Beschwerdeführer eine Reihe von Strafzumessungsfaktoren, welche die Vorinstanz seiner Meinung nach falsch gewürdigt hat.

E. 8.2.1

Dem Sachgericht steht bei der Gewichtung der verschiedenen Strafzumessungsfaktoren (siehe Art. 47 StGB) ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin in die Strafzumessung nur ein, wenn das Sachgericht den gesetzlichen Strafraum über- oder unterschritten hat, wenn es von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wenn es wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 149 IV 395 E. 3.6.1; 144 IV 313 E. 1.2; je mit Hinweisen). Es hat keine eigene Strafzumessung vorzunehmen und die vorinstanzliche Strafe nicht durch die seines Erachtens als angemessen erachtete zu ersetzen. Die Strafzumessung obliegt den Sachgerichten und ist vom Bundesgericht nur auf Rechtsfehler zu überprüfen (Urteil 6B_1059/2019 vom 10. November 2020 E. 5.6 mit Hinweis).

E. 8.2.2

Die dargestellten Grundsätze verkennt der Beschwerdeführer, wenn er die Gewichtung einzelner Strafzumessungsfaktoren beanstandet. Dies gilt etwa dort, wo er geltend macht, bei der Menge von 547 Gramm reinem Methamphetamin handle es sich um einen "mengenmässig kleinen Fall", Besitz sei weniger schwer zu gewichten als Handel und

Produktion und er habe nicht in einer kriminellen Organisation gewirkt. Dabei übergeht er insbesondere die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach die Schwelle zu einem mengenmässig qualifizierten Fall um ein "Zigfaches" überschritten worden sei, die Drogen verkaufsfertig portioniert gewesen seien und der Beschwerdeführer zusammen mit B._____ quasi ein Kleinunternehmen betrieben habe, ohne eigentliche Vertriebsorganisation, aber mit Autonomie und eigenem Geschäftsinteresse. Soweit der Beschwerdeführer an dieser Stelle erneut bestreitet, vorgehabt zu haben, die Betäubungsmittel zu verkaufen, wird auf E. 6.3.3 oben verwiesen. Weshalb die vorinstanzliche Bewertung des objektiven Verschuldens als "nicht mehr leicht" und die daraus resultierende Einsatzstrafe von 36 Monaten in einem Rechtsfehler gründen sollten, ist mit seinen Vorbringen insgesamt nicht dargetan.

E. 8.2.3

Fast wie ein roter Faden zieht sich sodann das Argument durch die Vorbringen des Beschwerdeführers, dass der verdeckte Fahnder das Mass der zulässigen Einwirkung deutlich überschritten habe, was einen obligatorischen Strafmilderungsgrund darstelle. Wie bereits dargelegt (siehe E. 4.4 oben), bewegte sich der verdeckte Fahnder im Rahmen des Zulässigen, womit diesem Argument die Grundlage entzogen ist und die sog. "Strafzumessungslösung" nach Art. 293 Abs. 4 StGB nicht zum Tragen kommt.

E. 8.2.4

Die Vorinstanz zeigt weiter schlüssig auf, warum das Teilgeständnis des Beschwerdeführers nicht strafmildernd zu berücksichtigen ist. Wenn der Beschwerdeführer ohne Auseinandersetzung mit diesen Erwägungen das Gegenteil behauptet respektive seine Verkaufsabsichten gar vor Bundesgericht ohne substantiierte Willkürzüge unverändert bestreitet, ist darauf nicht weiter einzugehen (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG).

E. 8.2.5

Ebenso wenig stellt die familiäre Situation des Beschwerdeführers, konkret der Umstand, dass er Vater von mehreren Kindern ist, mangels aussergewöhnlicher Umstände einen zwingenden Strafmilderungsgrund dar (vgl. Urteil 6B_687/2016 vom 12. Juli 2017 E. 1.5.3 mit Hinweisen).

E. 8.2.6

Grundsätzlich nicht zu beanstanden ist weiter, dass die Vorinstanz aufgrund der vier, teils einschlägigen Vorstrafen eine Straferhöhung vornimmt (BGE 136 IV 1 E. 2.6.2; 121 IV 3 E. 1c/dd; je mit Hinweisen). Zu beachten ist allerdings, dass das Gericht die Vorstrafen nicht wie eigenständige Delikte würdigen darf, weil das auf eine Doppelbestrafung hinausliefe (Urteile 7B_255/2022 vom 28. September 2023 E. 4.3.3; 6B_1168/2020 vom 11. Oktober 2022 E. 2.3.2; je mit Hinweisen). Es muss im Einzelfall prüfen, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Vorstrafen Anlass zu einer Straferhöhung geben (Urteil 6B_325/2013 vom 13. Juni 2013 E. 3.2.3).

Laut den vorinstanzlichen Ausführungen resultierten zwei von vier Vorstrafen aus einschlägigen Betäubungsmitteldelikten. Im Jahr 2011 wurde der Beschwerdeführer unter anderem wegen einer qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 33 Monaten und im Jahr 2018 aus demselben Grund zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 73 Monaten verurteilt. Die Vorinstanz führt dazu aus, die beiden einschlägigen und schwerwiegenden Vorstrafen müssten stark strafferhöhend

gewichtet werden. Zu Ungunsten des Beschwerdeführers falle dabei ins Gewicht, dass er im Juni 2020 und damit kurz nach seiner bedingten Entlassung aus einer langen Freiheitsstrafe im Januar 2020 während laufender Probezeit erneut einschlägig delinquent habe.

Demgegenüber sei zu berücksichtigen, dass er zu Beginn eines pandemiebedingten Lockdowns entlassen worden sei, was die ohnehin schwierige Phase des Wiedereinstiegs in das Arbeitsleben zusätzlich erschwert habe. Auch die bevorstehende erneute Vaterschaft habe den Beschwerdeführer in nachvollziehbarer Weise herausgefordert. Trotz dieser Schwierigkeiten habe er eine Arbeitsstelle gefunden, was insgesamt zu einer Abschwächung der Straferhöhung von 50 auf 40 %, ausmachend 14.5 Monate, führe.

Damit begründet die Vorinstanz den vorstrafenbedingten Zuschlag schlüssig. Indem sie (nur schon) aufgrund der einschlägigen Vorstrafen von insgesamt 106 Monaten Freiheitsstrafe auf einen Zuschlag von 14.5 Monaten erkennt, nimmt sie auch keine unzulässige Doppelbestrafung vor. Der Vorstrafenzuschlag erweist sich als rechtskonform.

E. 8.2.7

Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, weshalb der Umstand, dass die sichergestellten Betäubungsmittel womöglich bereits Gegenstand eines früheren Strafurteils gegen den Beschwerdeführer bildeten, zu einer Strafminderung führen müsste. Zur Begründung wird auf E. 5 oben verwiesen.

E. 8.2.8

Die Rügen zur Strafzumessung sind allesamt unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

E. 9.1

Der Beschwerdeführer wehrt sich zusätzlich gegen die Rückversetzung in den Strafvollzug. Er argumentiert, spezialpräventive Gründe würden dagegen sprechen. Die begonnene Eingliederung in den Arbeitsmarkt würde damit zunichte gemacht. Ausserdem sei er gewillt, seinen Kindern ein guter Vater zu sein, was ihn von weiteren Straftaten abhalten werde. Drogen konsumiere er seit Jahren keine mehr. Sowohl in beruflicher als auch familiärer Hinsicht sei sein Umfeld stabil.

E. 9.2

Begeht der bedingt Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so ordnet das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht die Rückversetzung an (Art. 89 Abs. 1 StGB). Ist trotz des während der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf eine Rückversetzung. Es kann den Verurteilten verwarnen und die Probezeit um höchstens die Hälfte der von der zuständigen Behörde ursprünglich festgesetzten Dauer verlängern. Die Bestimmungen von Art. 93-95 StGB über die Bewährungshilfe und die Weisungen sind anwendbar (Art. 89 Abs. 2 StGB).

Ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen führt demnach nicht zwingend zum Widerruf der bedingten Entlassung. Im Rahmen von Art. 89 Abs. 2 Satz 1 StGB muss genügen, dass vernünftigerweise erwartet werden kann, der Verurteilte werde keine weiteren Straftaten begehen. Angesichts der bloss relativen Sicherheit von Legalprognosen dürfen an diese Erwartung keine übermässig hohen Anforderungen gestellt werden (Urteil 6B_1265/2021 vom 29. Dezember 2022 E. 4.3 mit Hinweisen). Der Widerruf soll erfolgen, wenn aufgrund der erneuten Straffälligkeit des Verurteilten von

ungünstigen Bewährungsaussichten auszugehen ist, mithin eine eigentliche Schlechtprognose besteht (BGE 134 IV 140 E. 4.3; Urteil 6B_765/2008 vom 7. April 2009 E. 2.3.2, nicht publ. in: BGE 135 IV 146).

Für die prognostische Bewertung der weiteren Straftaten (Art. 89 Abs. 2 StGB) können die vom Bundesgericht entwickelten Prognosekriterien für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges (Art. 42 Abs. 1 StGB) beigezogen werden. So ist bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich (Urteil 6B_1265/2021 vom 29. Dezember 2022 E. 4.3 mit Hinweisen).

E. 9.3

Die Vorinstanz hält fest, trotz vier, teils einschlägiger Vorstrafen in Form von mehrjährigen Freiheitsstrafen habe sich der Beschwerdeführer nicht davon abhalten lassen, kurz nach der bedingten Entlassung und während der Probezeit wieder einschlägig zu delinquieren. Es könne ihm deshalb keine günstige Prognose gestellt werden, weshalb die bedingte Entlassung zu widerrufen sei.

E. 9.4

Indem die Vorinstanz das Fehlen einer günstigen Prognose genügen lässt, wendet sie einen zu strengen Massstab an. Auch unterlässt sie es an dieser Stelle, eine Gesamtwürdigung der persönlichen Situation des Beschwerdeführers und seiner Persönlichkeit vorzunehmen. Dies führt jedoch nicht zur Gutheissung der Beschwerde in diesem Punkt.

Zunächst ist anzumerken, dass die Kritik des Beschwerdeführers weitgehend in Form eines freien Plädoyers zur Sache verfasst ist, wie es vor Bundesgericht nicht zulässig ist. Insbesondere beruft er sich teils auf Sachverhaltselemente, welche von der Vorinstanz nicht festgestellt werden, so etwa seine langjährige Drogenabstinenz. Derartige Vorbringen sind vor Bundesgericht unbeachtlich.

Soweit die Argumente des Beschwerdeführers im vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt eine Stütze finden, erlauben sie das Stellen einer positiven Prognose nicht. Es ist im Gegenteil von einer eigentlichen Schlechtprognose auszugehen. Hauptgrund dafür ist die von der Vorinstanz erwähnte hartnäckige und schwerwiegende Delinquenz im Betäubungsmittelbereich. Daran, dass der Beschwerdeführer dieser nun definitiv abgeschworen haben will, bestehen gewichtige Zweifel. Wie dem angefochtenen Urteil entnommen werden kann, war er bereits zum Zeitpunkt seiner früheren deliktischen Tätigkeit verheiratet und hatte mit seiner damaligen Ehefrau zwei Kinder. Auch hatte er verschiedene, wenn auch temporäre Arbeitsstellen. Weder die familiäre noch die berufliche Situation vermochten ihn in der Vergangenheit somit vom illegalen Umgang mit Betäubungsmitteln abzuhalten. Warum dies heute anders sein sollte, ist nicht überzeugend dargetan. Vielmehr gab der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren an, das Metamphetamin aufgrund finanzieller Sorgen aus seinem Versteck in Bern geholt zu haben. Seit Dezember 2022 ist er mit einem 50 %-Pensum als Logistiker angestellt, wobei er monatlich rund Fr. 1'500.-- verdient. Zudem wird er vom RAV und vom Sozialamt unterstützt. Die finanzielle Situation des Beschwerdeführers ist somit nach wie vor

angespannt. Es ist deshalb ernsthaft zu befürchten, dass er in Zukunft erneut versucht sein könnte, diesen Schwierigkeiten mit dem Verkauf von Betäubungsmittel entgegenzuwirken. Im Ergebnis hat die Vorinstanz die Voraussetzungen für einen Widerruf der bedingten Entlassung somit zu Recht bejaht.

E. 10

Den Antrag auf Herausgabe des sichergestellten Bargeldes begründet der Beschwerdeführer nur mit den beantragten Freisprüchen. Nachdem die vorinstanzlichen Schuldsprüche im bundesgerichtlichen Verfahren Bestand haben, erübrigen sich weitere Ausführungen dazu.

E. 11

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dagegen ist das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gutzuheissen, da die finanzielle Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen und die Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen ist. Es sind deshalb keine Gerichtskosten zu erheben und Rechtsanwalt Sadiku ist für das bundesgerichtliche Verfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG).

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