

SK 2009 409

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Aebi (Präsident i.V.), Oberrichter Weber und Oberrichterin Bratschi sowie Gerichtsschreiber Zbinden

vom 21. September 2012

in der Strafsache gegen

A.

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt T.
privat verteidigt durch Rechtsanwältin U.

Beschuldigter/Berufungsführer

B.

amtlich verteidigt durch Fürsprecher V.

Beschuldigter/Anschlussberufungsführer

C.

amtlich verteidigt durch Fürsprecher W.

Beschuldigter/Anschlussberufungsführer

D.

amtlich verteidigt durch Fürsprecher X.

Beschuldigter

E.

verteidigt durch Rechtsanwalt Y.
(im amtlichen Mandat sistiert: Rechtsanwalt Z.)

Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250,
3001 Bern

Berufungsführerin

wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz.

Regeste:

Festlegung des Grenzwerts für die Bejahung des mengenmässig qualifizierten Falles gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG auf 12 g reines Methamphetamin (in Anlehnung an die Empfehlung der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom Juni 2010).

Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind (Art. 139 Abs. 1 StPO).

Es handelt sich bei der Empfehlung der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin um ein unproblematisches, weil nicht irgendwie rechtswidrig erlangtes und/oder unverwertbares Beweismittel, welches das Gericht frei würdigen kann und sogar muss, da es wissenschaftlich aktuell ist. Ein Gericht hat darauf abzustellen, bevor das Bundesgericht darüber befinden kann. Ansonsten würden neue Erkenntnisse nie bis zum Bundesgericht gelangen und letztlich gar nie Anwendung finden.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Angefochten und oberinstanzlich zu überprüfen waren drei Haupturteile verbunden mit zwei angefochtenen Widerrufsurteilen. Es galt dabei insgesamt drei Sachverhaltskomplexe im Bereich des Thaipillenhandels zu beurteilen. Die Kammer vereinigte die Verfahren und beschloss, das Verfahren einheitlich nach den Bestimmungen der (neuen) StPO durchzuführen.

Den Beschuldigten wurde vorgeworfen, mengenmässig qualifiziert, gewerbsmässig und teilweise bandenmässig mit Thaipillen gehandelt zu haben. Die verschiedenen Vorinstanzen haben unterschiedlich dargelegt, welche Menge an Thaipillen gehandelt werden muss, damit von einem mengenmässig qualifizierten Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG auszugehen.

Gegen den Entscheid wurde Beschwerde in Strafsachen beim Eidgenössischen Bundesgericht eingereicht.

[...]

IV. Sachverhalt und Beweiswürdigung

[...]

1. Thaipillen Grenzwerte

Die Vorinstanzen haben bei den vorliegend zu überprüfenden Urteilen die Mengen an reinem Methamphetamin pro Pille nicht einheitlich berechnet, was zu unterschiedlichen Resultaten bei der Grenzziehung für den mengenmässig qualifizierten Fall („...die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann“) gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (resp. Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG) führte. Ob und um allenfalls wie viel die Grenze jeweils überschritten wurde, hängt massgebend davon ab, wie die Reinmenge an Methamphetamin ermittelt wird und wo die Grenze für den qualifizierten Fall gezogen wird.

1.1. Mengenmässige Qualifikation

In diesem Punkt kann integral auf die treffenden Ausführungen der Vorinstanz im Verfahren SK 2011/305 verwiesen werden (Akten SK 2011/305, Motiv A./E., p. 2990/2991).

Ergänzend ist auszuführen, dass sich die Strafkammern in der Vergangenheit mehrmals mit der Frage nach dem Grenzwert für die Bejahung des mengenmässig qualifizierten Falles beschäftigt haben.

- Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern hielt dazu in ihrem Entscheid vom 16.07.2004 (SK 056/2004) Folgendes fest:

„Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern liess in ihrem Urteil Nr. 248/II/2001 vom 4. Oktober 2001 i.S. D.W. die exakte Wirkstoffmenge offen, ab welchem Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG anwendbar wird. Ob der vom Institut für Rechtsmedizin (IRM) Bern im Gutachten vom 25. Juni 2001 (vgl. oben) ermittelte Grenzwert von 16,650 g (orale Einnahme) bzw. 700 Pillen (Folienrauchen) oder derjenige vom IRM Zürich (Gutachten vom 09.06.1999) von 18 g liegende Grenzwert zutreffe, könne offen bleiben. Nach den Erwägungen in diesem Urteil kam das Gutachten des IRM Zürich nach plausiblen und nachvollziehbaren Ausführungen für die orale Einnahme zum Schluss, das Methamphetamin weise eine ungefähr doppelt so hohes Suchtpotential wie Amphetamin und ein vergleichbar hohes wie Kokain auf.

Die 2. Strafkammer hat ihrem Urteil Nr. 251/II/2001 vom 16. November 2001 i.S. K. K. – ausgehend von der Überlegung der Vorinstanz, aufgrund des zürcherischen Gutachtens müsse davon ausgegangen werden, der entsprechende Grenzwert von Methamphetamin wäre ungefähr gleich hoch wie beim Kokain anzusetzen, also bei 18 g reinem Wirkstoff; jedenfalls irgendwo im Bereich zwischen diesen 18 g und den für das Amphetamin geltenden 36 g – als Grenze zum schweren Fall nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sinngemäss einen reinen Wirkstoff von 27 g zu Grunde gelegt.

Die Vorinstanz (vgl. Motiv S.138-140) stützte sich bei der Beurteilung des vorliegenden Falles laut den Erwägungen auf das gerichtsnotorische Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin (IRM) Bern vom 25. Juni 2001. Mit der Staatsanwaltschaft erachtete das Kreisgericht vorliegend den schweren Fall ab 900 Pillen als erfüllt, was bei seiner Berechnung einer Wirkstoffmenge von 18 g Methamphetamin - also dem Grenzwert für den mengenmässig schweren Fall bei Kokain - entspricht. Dem ist zuzustimmen. Nicht ganz verständlich ist davon ausgehend die nicht begründete Weigerung der Vorinstanz, dem Antrag der Staatsanwaltschaft zu folgen und den Grenzwert zum schweren Fall für das Methamphetamin mindestens gleich hoch anzusetzen wie beim Kokain, nämlich bei 18 Gramm reinem Wirkstoff.“

- In ihrem Entscheid SK 2010/128 vom 31.8.2010 gegen A. und B.A. sowie SK 11/88 vom 8.7.2011 gegen Z. legte die 2. Strafkammer die Grenze zwischen 18 und 27 g Metamphetamin fest. Das Bundesgericht hat diese im Verfahren gegen A. und B.A. nicht beanstandet (vgl. dazu BGE 6B_384/2009).

Die Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin SGRM, Sektion ‚Forensische Chemie und Toxikologie‘, empfahl im Juni 2010, den Grenzwert bei 12 g reinem Stoff festzulegen (Akten SK 2011/305, p. 1954 ff.).

Im Entscheid SK 2011/281 vom 30.4.2012 gegen N.A.T. (ein Abnehmer von A. und E.) wurde die Frage des Grenzwertes nicht explizit behandelt, jedoch hat die Vorinstanz auf den Grenzwert von 12 g abgestellt. Die vorerwähnte Empfehlung hat somit in der Gerichtspraxis bereits Eingang gefunden.

Vorliegend stellte die jeweilige Vorinstanz nur im Verfahren SK 2011/305 (A. und E.) auf den empfohlenen Grenzwert von 12 g ab (Akten SK 2011/305, Motiv A./E., p. 2990/2991). Im Verfahren SK 2011/264 (B. und C. sowie D.) wurde die Anwendung dieser Empfehlung noch explizit verworfen, insbesondere mit der Begründung, diese sei im Vorfeld nicht allgemein bekannt gewesen und deren Anwendung käme einem Versto-

ss gegen den Grundsatz des fair trials gleich. Es wurde folglich auf den Grenzwert von ca. 18 g abgestellt. (Akten SK 2011/264 Motiv B./C./D., p. 2044/2045). Im Verfahren SK 2009/409 (A.) legte das Gericht den Grenzwert bei 15 - 18 g fest (SK 2009/409, Motiv A., p. 746).

Es stellt sich nun die Frage, ob für die Behandlung des vorliegenden (mehrere erstinstanzliche Urteile umfassenden) Verfahrens auf die Empfehlung der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom Juni 2010 abgestellt werden und der Grenzwert für die Bejahung des mengenmässig qualifizierten Falles auf 12 g festgelegt werden darf.

Die Verteidiger bringen vor, diese Empfehlung sei nicht anwendbar. Zwar sei im Verfahren SK 2011/305 ein Grenzwert von 12 g angenommen worden, jedoch könne dies jetzt nicht für die weiteren Beschuldigten in analoger Weise übernommen werden. Dem stehe das Rückwirkungsverbot resp. der Grundsatz der lex mitior entgegen. Der Rechtunterworfenen müsse um die Gefährlichkeit des entsprechenden Betäubungsmittels wissen, bevor ihm diese entgegen gehalten werden könne. Zudem würden bezüglich Thaipillen keine Langzeitstudien bestehen und auch das Bundesgericht habe (noch) nicht über die Anwendbarkeit dieser Empfehlung befunden.

Dazu hält die Kammer fest, dass die Strafbehörden zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einsetzen, die rechtlich zulässig sind (Art. 139 Abs. 1 StPO). *„Die dem Richter bei der Beweismittelwürdigung eingeräumte Freiheit findet ihre Ergänzung in der Verpflichtung, sie auch zu nutzen: Der Richter muss alle aus dem Verfahren gewonnen Erkenntnisse zur Bildung seiner Überzeugung heranziehen und sie unter allen für die Urteilsfindung wesentlichen Gesichtspunkten erschöpfend würdigen. Zu seiner Überzeugung gelangt das Gericht durch Anwendung von Denk-, Natur- und Erfahrungssätzen, durch Zuhilfenahme wissenschaftlicher Erkenntnisse, aber auch über Intuition und Gefühl (...). Die Beantwortung der Rechtsfragen bleibt dabei immer Sache des Gerichts.“* (BSK StPO-HOFER, N 60 zu Art. 10 StPO mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Die Kammer stellt fest, dass die Empfehlung der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom Juni 2010 weder inhaltlich kritisiert noch sonst wie in Frage gestellt wurde. Es handelt sich dabei um ein unproblematisches, weil nicht irgendwie rechtswidrig erlangtes und/oder unverwertbares Beweismittel, welches das Gericht frei würdigen kann und sogar muss, da es wissenschaftlich aktuell ist. Zudem ist es immer „das erste Mal“, wenn ein Gericht auf neue Kenntnisse abstellt, bevor das Bundesgericht darüber befindet. Ansonsten würden neue Erkenntnisse nie bis zum Bundesgericht gelangen und letztlich gar nie Anwendung finden. Die Frage der Rückwirkung stellt sich somit gar nicht. Schliesslich ist festzuhalten, dass sich die Frage der lex mitior ebenfalls nicht stellt, da es nicht um die Frage der rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts nach neuem oder altem Recht geht, sondern um die Festlegung eines rechtsverbindlichen Sachverhalts. Ebensowenig wurden Grundsätze des „fair trials“ verletzt, zumal die Parteien vor oberer Instanz die Möglichkeit hatten, zu diesen Empfehlungen Stellung zu nehmen. Im Übrigen befinden sich die Empfehlungen in den Akten (Akten SK 2011/305, p. 1954 ff.).

1.2. Hydrochlorid oder Base

Hinsichtlich der Frage, ob auf die Methamphetamin-Base- oder Methamphetamin-Hydrochlorid-Konzentration abgestellt wird, kann auf die vorerwähnten Ausführungen verwiesen werden. Die Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin spricht sich aus Gründen der Vergleichbarkeit (mit Heroin-Hydrochlorid) für die jeweilige Berücksichtigung des Methamphetamin-Hydrochlorid-Wertes aus (Empfehlungen S. 6; Akten SK 2011/305, p. 1959).

Die Empfehlungen der SGRM haben im Übrigen auch schon Eingang in die bernische Gerichtspraxis gefunden (u.a. Urteil des Kollegialgerichts Bern-Mittelland im Verfahren PEN 10 3960 gegen N.A.T., oberinstanzlich bestätigt im Verfahren SK 2011/281 mit Urteil vom 30.4.2012).

1.3. Fazit

Zusammenfassend spricht für die Kammer nichts dagegen, auf die Empfehlung der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin SGRM vom Juni 2010 abzustellen. Diese lautet wie folgt (S. 1): *„Die Sektion ‚Forensische Chemie und Toxikologie‘ der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin empfiehlt, als Menge für Methamphetamin, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, 12 Gramm zu verwenden. Die Angabe bezieht sich auf Methamphetamin-Hydrochlorid.“*

[...]