Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 390/2009

Urteil vom 14. Januar 2010
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Favre, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger, Mathys,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Gerichtsschreiberin Koch.

Parteien
A X._____,vertreten durch Fürsprecher Thomas Marfurt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Generalprokurator des Kantons Bern,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das BetmG; Strafzumessung; willkürliche Beweiswürdigung, Grundsatz in dubio pro reo,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 20. Januar 2009.

Sachverhalt:

A.
Das Kreisgericht VII Konolfingen sprach A X._____ am 18. Oktober 2007 der mehrfachen, mengenmässig qualifizierten, gewerbsmässigen und teilweise bandenmässigen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der gewerbsmässigen und bandenmässigen Geldwäscherei schuldig. Es verurteilte sie zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren unter Anrechnung der Untersuchungshaft und einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.–. Für die Freiheitsstrafe gewährte das Gericht den bedingten Strafvollzug bei einer Probezeit von 3 Jahren.

B.
Auf Appellation des Generalprokurators bezüglich der Strafzumessung verurteilte das Obergericht des Kantons Bern A X._____ am 20. Januar 2009 zu einer Freiheitsstrafe von 2 ¾ Jahren sowie einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 40.–. Für die Freiheitsstrafe gewährte es den teilbedingten Strafvollzug. Es legte die unbedingt vollziehbare Strafe auf 9 Monate und die bedingt vollziehbare Strafe auf 24 Monate Freiheitsstrafe fest, bei einer Probezeit von 2 Jahren.

C.
Gegen dieses Urteil erhebt A X._____ Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Gleichzeitig ersucht sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.

D.
Das Obergericht des Kantons Bern hat mit Schreiben vom 31. August 2009 auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die a.o. Generalprokuratorin des Kantons Bern beantragt mit Eingabe vom 9. September 2009, zur Betäubungsmittelmenge sei von den erstinstanzlichen Schuldsprüchen auszugehen und reformatorisch über die Strafzumessung zu entscheiden.

Erwägungen:

1.
1.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz lege der Strafzumessung zu Unrecht eine gehandelte Menge von maximal 70'000 Thaipillen zugrunde. Diese Zahl sei nicht nachvollziehbar. Es sei davon auszugehen, dass die Vorinstanz auch die von ihrem Ehemann von E._____ gekaufte Menge von 70'000 Thaipillen in die Strafzumessung einbeziehe. Diese habe sie im Appellationsverfahren des Ehemannes neu errechnet. Soweit das erstinstanzliche Urteil die Beschwerdeführerin betreffe, habe die Staatsanwaltschaft einzig die Strafzumessung angefochten. Alle anderen Teile dieses Urteils seien in Rechtskraft erwachsen. Dem rechtskräftigen erstinstanzlichen Urteil lägen Schuldsprüche für 35'740 Thaipillen zugrunde. Die Menge bei der Gehilfenschaft zum Kauf von Betäubungsmitteln sei nicht bestimmbar gewesen. An die Qualifikation der Tathandlungen durch die erste Instanz sei die Vorinstanz gebunden. Das vorinstanzliche Vorgehen verstosse gegen das Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung und Rechtsanwendung. Es verletze das Akkusationsprinzip und den Grundsatz in dubio pro reo.

1.2 Die Vorinstanz hat die beiden Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin und ihren Ehemann B X._____ gleichzeitig beurteilt. Im Rahmen der rechtlichen Würdigung der Schuldsprüche von B X._____ nimmt sie auch zu der von der Beschwerdeführerin umgesetzten Betäubungsmittelmenge Stellung. Sie geht davon aus, dass diese maximal 70'000 Thaipillen beträgt. Zur Berechnung bezieht sie sich auf die Ausführungen der a.o. Generalprokuratorin in ihrem Plädoyer (act. 4041). Gestützt auf die Menge und das Gutachten über die Reinheit der sichergestellten Thaipillen errechnet die Vorinstanz eine Betäubungsmittelmenge von 1400 Gramm reinem Methamphetamin. Die Beschwerdeführerin habe die Qualifikationsmenge des schweren Falls, je nach dem, welcher Grenzwert dafür angenommen werde, um 51 bis 77 Mal überschritten.

1.3 Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft grundsätzlich nur die erhobenen Rügen. Dabei ist es aber 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 oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 130 III 136 E. 1.4 S. 140 mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin beruft sich sinngemäss auf den Grundsatz ne bis in idem und die materielle Rechtskraft des erstinstanzlichen Urteils.

1.4 Der Grundsatz ne bis in idem ist gemäss ständiger Rechtsprechung ein Prinzip des materiellen eidgenössischen Strafrechts. Er lässt sich auch aus der Bundesverfassung ableiten und ist in Art. 4 Abs. 1 des Protokolls Nr. 7 vom 22. November 1984 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101.07) und Art. 14 Abs. 7 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2) verankert. Das Prinzip besagt, dass niemand wegen der gleichen Straftat zweimal verfolgt werden darf. Einem zweiten Strafverfahren steht das erste Urteil entgegen. Derselbe Schutz folgt aus dem Institut der materiellen Rechtskraft, welche bewirkt, dass eine formell rechtskräftig beurteilte Tat nicht mehr Gegenstand eines späteren Verfahrens gegen dieselbe Person bilden kann. Eine neue Entscheidung ist sowohl prozessual als auch inhaltlich ausgeschlossen. Voraussetzung für diese Sperrwirkung sind die Identität von Tat und Täter (vgl. BGE 120 IV 10 E. 2b S. 12 f.; 119 IB 311 E. 3a S. 318; 118 IV 269 E. 2 S. 271 ff.; je mit Hinweisen).

1.5 Gemäss Art. 336 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Bern vom 15. März 1995 über das Strafverfahren (BSG 321.1; StrV) hemmt die Appellation die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils. Ist die Appellation auf Nebenpunkte beschränkt, werden Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteils in den Hauptpunkten nicht berührt (Abs. 2). Die Appellation kann in vollem Umfang oder auf einzelne Urteilsteile beschränkt erklärt werden (Art. 338 Abs. 1 StrV/BE; vgl. JÜRG AESCHLIMANN, Das neue bernische

Gesetz über das Strafverfahren vom 15. März 1995, in: Die neue Gerichtsorganisation des Kantons Bern und deren Auswirkungen auf den Zivil- und Strafprozess, 1996, S. 192 N. 2). Eine Beschränkung ist zulässig auf die Bemessung der Strafe (Art. 338 Abs. 2 Ziff. 2 StrV/BE). Im Rahmen einer auf die Strafzumessung beschränkten Appellation ist nicht zu überprüfen, ob ein Qualifikationsgrund, zum Beispiel Gewerbsmässigkeit, vorliegt (PETER STAUB, Kommentar zum Strafverfahren des Kantons Bern, 1992, N 4 zu aArt. 308 StrV).

1.6 Das Kreisgericht VII Konolfingen sprach die Beschwerdeführerin der Gehilfenschaft zum Kauf einer unbekannten Menge Thaipillen von D._____, der Einfuhr von 20'000 Thaipillen aus Thailand, des Verkaufs und der Abgabe von 20'000 Thaipillen an F._____, des Verkaufs von 4'000 Thaipillen an E._____, von 5'000 Thaipillen an H._____, von 1'000 Thaipillen an G._____, von 1'600 Thaipillen an J._____, von 400 Thaipillen an K._____, der Abgabe von ca. 3 Thaipillen an M._____, des Verkaufs und der Abgabe von ca. 500 Thaipillen an L._____ sowie des Anstaltentreffens zum Verkauf einer unbekannten Teilmenge von 3'237 Thaipillen schuldig. Diese Schuldsprüche wurden weder von ihr noch von der a.o. Generalprokuratorin angefochten, weshalb sie gestützt auf Art. 336 Abs. 2 StrV in Rechtskraft erwuchsen.
Aufgrund der erstinstanzlichen Feststellungen, wonach sowohl die Beschwerdeführerin als auch ihr Ehemann aussagten, sie hätten die importierten Thaipillen nach der Rückkehr aus Thailand jeweils an D._____ in Zürich übergeben, gehen die Vorinstanz und die Staatsanwaltschaft zugunsten der Beschwerdeführerin davon aus, dass die eingeführten Thaipillen in der verkauften Menge enthalten sind. Die von der Beschwerdeführerin umgesetzte Anzahl Thaipillen beläuft sich damit auf 35'740 Stück. Hinzu kommt die nicht näher bestimmbare Menge aus den Gehilfenhandlungen, wenn man sämtliche zahlenmässig bestimmten Schuldsprüche addiert und die eingeführten bzw. verkauften Thaipillen nicht doppelt berücksichtigt.
Die Rechtskraftwirkung des erstinstanzlichen Urteils und auch der Grundsatz ne bis in idem verbieten es, auf die rechtskräftigen Schuldsprüche zurückzukommen. Der den Schuldsprüchen zugrunde liegende Sachverhalt darf nicht nachträglich neu festgestellt, angepasst oder ergänzt werden. Die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung der Betäubungsmittelmenge von 70'000 Thaipillen ist mit den erstinstanzlichen Schuldsprüchen nicht in Einklang zu bringen. Indem die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin gehandelte Betäubungsmittelmenge durch eine Neuberechnung inhaltlich anpasst, setzt sie sich in unzulässiger Weise über die nach kantonalem Recht eingetretene Rechtskraft der erstinstanzlichen Schuldsprüche sowie über den Grundsatz ne bis in idem hinweg. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
1.7
1.7.1 Nach der bundesgerichtlichen Praxis liegt Willkür in der Beweiswürdigung nach Art. 9 BV vor, wenn der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht bzw. im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 132 I 175 E. 1.2 S. 177 mit Hinweisen). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Für die Annahme von Willkür genügt es nicht, wenn eine andere Lösung auch als vertretbar oder sogar zutreffender erscheint (BGE 132 I 175 E. 1.2 S. 177 mit Hinweisen).
1.7.2 Die vorinstanzliche Beweiswürdigung zu der von der Beschwerdeführerin gehandelten Menge Thaipillen ist trotz des Verweises auf die Ausführungen der a.o. Generalprokuratorin rechnerisch nicht nachvollziehbar. Die a.o. Generalprokuratorin nimmt die Berechnung gestützt auf Delikte vor, welche dem Ehemann der Beschwerdeführerin zur Last gelegt werden. Sie geht von 200'000 Thaipillen aus und zieht eine unbestimmte Anzahl ab, ohne diese den Delikten der Beschwerdeführerin oder des Ehemannes zuzuordnen. Sie gelangt so zu einem Zwischenresultat von 145'000 Thaipillen, welches sie aufgrund der kürzeren Deliktsdauer der Beschwerdeführerin halbiert. Dabei beträgt die Deliktsdauer der Beschwerdeführerin nach ihren Ausführungen lediglich einen Drittel derjenigen ihres Ehemannes. Aus dem Resultat schliesst die a.o. Generalprokuratorin dass die "unbekannte Teilmenge" nicht mehr als 70'000 Pillen betragen habe. Ob die "unbekannte Teilmenge" nur die Gehilfenschaftshandlungen der Beschwerdeführerin oder die gesamte gehandelte Menge betrifft, gibt sie nicht an. Weil die Berechnung der a.o. Generalprokuratorin nicht logisch erscheint und die Vorinstanz ohne weitere Erläuterungen darauf abstellt, verstossen ihre Feststellungen zu der von der
Beschwerdeführerin gehandelten Anzahl Thaipillen gegen das Willkürverbot nach Art. 9 BV.
Soweit die Beschwerdeführerin den Grundsatz in dubio pro reo rügt, legt sie nicht näher dar, ob die Verletzung

dieses Grundsatzes über die Verletzung des Willkürverbotes bei der Beweiswürdigung hinausgeht. Jedenfalls ist eine weitergehende Verletzung nicht näher substanziiert, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

1.8 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Anklagegrundsatz sei verletzt (vgl. E. 1.1).
Der Anklagegrundsatz ist im kantonalen Strafprozessrecht sowie in Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. a EMRK verankert. Er verteilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Aufgaben zwischen den Untersuchungs- bzw. Anklagebehörden einerseits und den Gerichten andererseits. Er bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Die Anklage hat die dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe genügend konkretisiert sind. Das Anklageprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte des Angeschuldigten und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden, nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (BGE 126 I 19 E. 2a S. 21 mit Hinweisen). Die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG).
Die Beschwerdeführerin substanziiert nicht hinreichend, weshalb das Vorgehen der Vorinstanz bei der Berechnung der gehandelten Betäubungsmittelmenge den Anklagegrundsatz verletzen soll. Insbesondere legt sie nicht dar, inwiefern die Vorinstanz durch ihr Vorgehen von der Anklage abgewichen sei. Auf ihre Rüge ist nicht einzutreten.

2.
2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Strafzumessung der Vorinstanz verletze Bundesrecht. Es sei nicht nachvollziehbar, wie sich das Strafmass zusammensetze. "Die Menge der Thaipillen sei pro Schuldspruch nach Art. 19 Ziff. 1 und Ziff. 2 BetmG separat auseinander zu nehmen". Die Einsatzstrafe sei ausgehend von 35'720 (recte: 35'740) Thaipillen festzulegen. Die Gehilfenschaft zum Kauf der Thaipillen sei als Korrekturfaktor zu werten und die Strafe leicht zu erhöhen. Sinngemäss rügt sie eine unzutreffende Anwendung der Kriterien zur Strafschärfung nach Art. 49 Abs. 1 StGB.

2.2 Die Vorinstanz verweist zu den allgemeinen Ausführungen der Strafzumessung auf die Erwägungen betreffend den Ehemann (E. IV B. 2.). Zu den Tat- und Täterkomponenten bezieht sie sich auf das erstinstanzliche Urteil und bringt gezielte Änderungen an. Sie wertet das Ausmass des verschuldeten Erfolgs aufgrund der umgesetzten Menge Thaipillen und der guten Stoffqualität als schwer. Dabei stellt sie auf die von der a.o. Generalprokuratorin errechneten Menge von maximal 70'000 Thaipillen ab. Die Beschwerdeführerin habe im Verhältnis zu ihrem Ehemann eine untergeordnete Rolle gespielt, da sie keine Kunden aquiriert habe. Sie sei aber eine sehr loyale Mithilfe beim Einkauf und Verkauf von Thaipillen gewesen und habe ihn insbesondere in seiner Abwesenheit vertreten. Sie habe direkt vorsätzlich gehandelt. Als Tatmotiv stehe die Erhaltung des Lebensstandards im Vordergrund. Zum Vorleben der Beschwerdeführerin verweist die Vorinstanz grösstenteils auf die erstinstanzlichen Erwägungen. Sie sei als junge, nicht vorbestrafte Russin unter nicht leichten Lebensbedingungen als Tänzerin 1999 in die Schweiz gekommen und mit 21 Jahren Mutter geworden. Sie habe bis etwa im Jahr 2002 in diversen Cabarets gearbeitet, wo sie ihren Ehemann kennen
gelernt habe. Diesen habe sie im Jahr 2003 geheiratet und sei darauf als Hausfrau tätig gewesen. Sie habe nur in geringem Mass Thaipillen konsumiert und sich nach der Tat sowie im Strafverfahren kooperativ gezeigt. Dies führe zu einer Strafreduktion. Seit dem Dezember 2005 habe sie sich nichts mehr zu Schulden kommen lassen. In der Zwischenzeit habe sie sich arbeitsmässig gut integriert. Sie habe ihr Pensum von 60 auf 80% gesteigert und besorge während 20 Stunden in der Woche Reinigungsarbeiten. Sie erziele ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'800.– und werde mit Fr. 400.– vom Sozialdienst unterstützt. Daneben betreue sie ihren 12-jährigen Sohn C X._____. Sie sei die wichtigste Bezugsperson für ihn, weshalb die Strafempfindlichkeit eher hoch sei. Die von der ersten Instanz ausgesprochene Freiheitsstrafe sei in Relation zu der für den Ehemann auszufällenden Zusatzstrafe von 7 ½ Jahren zu tief. Die Vorstrafenlosigkeit, welche die Regel sei, habe keine Strafminderung zur Folge, sondern wirke sich neutral auf das Strafmass aus. Insgesamt erachtet die Vorinstanz eine Freiheitsstrafe von 2 ¾ Jahren als angemessen. Für den schweren Fall der Geldwäscherei sei nebst der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe auszusprechen. Gestützt auf
das monatliche Nettoeinkommen von Fr. 3'200.– sowie einen Sozialabzug von 50% aufgrund der schlechten finanziellen Verhältnisse und des Abzugs für die Unterstützungspflicht von 15% für den Sohn C X._____

erachtet die Vorinstanz zusätzlich zur Freiheitsstrafe eine Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 40.– als angemessen.
2.3
2.3.1 Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung und die an sie gestellten Anforderungen wiederholt dargelegt. Darauf kann verwiesen werden (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f; 129 IV 6 E. 6.1 S. 20 f.; 127 IV 101 E. 2c S. 105; je mit Hinweisen). Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts greift auf Beschwerde in Strafsachen hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen 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 (vgl. BGE 129 IV 6 E. 6.1; 127 IV 101 E. 2; 124 IV 286 E. 4a). Nach Art. 50 StGB hat der Richter, sofern er sein Urteil zu begründen hat, die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Der Richter hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist. Er ist jedoch nicht gehalten, in Prozentangaben oder Zahlen anzugeben, in welchem Umfang er die einzelnen
Strafzumessungskriterien gewichtet (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.; 129 IV 6 E. 6.1 S. 20 f.; 127 IV 101 E. 2c S. 105, je mit Hinweisen; vgl. für den qualifizierten Strafrahmen bei der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz Urteil 6S.463/2004 vom 13. Mai 2005 E. 3 mit Hinweisen).
Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so muss der Richter in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festlegen. Darin hat er die entsprechenden straferhöhenden und strafmindernden Umstände einzubeziehen. In einem zweiten Schritt hat er die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss er den jeweiligen Umständen Rechnung tragen. Er darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen, und er ist an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB; BGE 127 IV 101 E. 2b S. 104 mit Hinweis; Urteile 6S.378/2002 vom 11. Februar 2003 E. 3.2; 6B 579/2008 vom 27. Dezember 2008 E. 4.2.2 mit Hinweisen).
2.3.2 Die Vorinstanz spricht sowohl für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als auch die banden- und gewerbsmässige Geldwäscherei jeweils eine Freiheitsstrafe aus. Dabei listet sie die einzelnen Strafzumessungskriterien zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz auf. Über die Bemessung der Freiheitsstrafe für die Geldwäscherei schweigt sie sich gänzlich aus. Aus ihren Erwägungen geht nicht hervor, dass sie zumindest gedanklich eine Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festsetzt und diese erhöht. Die Strafzumessung muss nachvollziehbar und in abschätzbaren Teilschritten dargelegt sein (Urteil 6S.378/2002 vom 11. Februar 2003 E. 3.2). Indem die Vorinstanz für mehrere Delikte pauschal eine Freiheitsstrafe ausspricht, ohne ihre Überlegungen darzulegen, welche zum Ergebnis geführt haben, kann nicht geprüft werden, ob ihr Vorgehen bundesrechtskonform ist. Die Vorinstanz verletzt damit die in Art. 50 StGB statuierte Begründungspflicht. Das Urteil ist auch aus diesem Grund aufzuheben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2.4
2.4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz verletze Bundesrecht, indem sie den Umfang der Strafreduktion für die Gehilfenschaft bei den Betäubungsmitteldelikten nicht angebe. Das Strafmass sei um mindestens 25% zu reduzieren, die Gehilfenschaftshandlung müsse eine erhebliche Strafminderung zur Folge haben. Es entstehe der Eindruck, dass die Vorinstanz die Strafzumessung einzig aufgrund der Tatkomponente vornehme, was unzulässig sei. Das Geständnis müsse eine Reduktion von mindestens 30% nach sich ziehen. Auch hierzu habe sich die Vorinstanz nicht transparent genug geäussert. Zudem sei die Vorinstanz von einer zu hohen Anzahl Thaipillen ausgegangen. Weiter sei ihre Strafempfindlichkeit aufgrund der Betreuungsaufgabe gegenüber ihrem Sohn C X._____ sehr hoch. Weiter müsse das vorbildliche Verhalten seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft im Dezember 2005 in das Strafmass einfliessen. Auf alle diese Punkte sei die Vorinstanz nicht in verständlicher Weise eingegangen.

2.5 Die Vorinstanz legt sämtliche massgebenden Kriterien des Verschuldens zur Tat- und Täterkomponente nach Art. 47 StGB dar und gewichtet sie. Die Kritik, die Vorinstanz stelle nur auf die gehandelte Menge ab, erweist sich als verfehlt. Da die Sache aus obenstehenden Gründen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, wird

sie der Strafzumessung eine andere Betäubungsmittelmenge zugrunde legen müssen. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, es sei in Prozenten bzw. Zahlen anzugeben, wieweit die einzelnen Strafzumessungsfaktoren, insbesondere die Gehilfenschaftshandlung und das Geständnis, berücksichtigt würden, ist gestützt auf die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. E. 2.3.1) nicht zutreffend. Ebenso unbegründet erweist sich die Rüge, die Vorinstanz berücksichtige die aktuellen persönlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin und ihre Strafempfindlichkeit nicht hinreichend. Hierbei steht der Vorinstanz ein Ermessen zu, gegen welches das Bundesgericht nicht einschreitet, solange sie dieses Ermessen nicht über- oder unterschreitet bzw. missbraucht (vgl. E. 2.3.1).
2.6
2.6.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorstrafenlosigkeit sei entgegen der Auffassung der Vorinstanz strafmindernd zu werten.
2.6.2 Nach der bisher publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Fehlen von Vorstrafen zwingend strafmindernd zu berücksichtigen (BGE 98 IV 124 E. 11 S. 131; 96 IV 155 E. III.2 S. 179; 92 IV 118 S.121). Auch die neuere unpublizierte Praxis tendiert zur Bejahung dieser Frage (beispielsweise: Urteile 6B 460/2008 vom 26. Dezember 2008 E. 5.3; 6B 455/2008 vom 26. Dezember 2008 E. 5.3; 6B 521/2008 vom 26. November 2008 E. 6.2 und 6.4; 6B 507/2008 vom 26. November 2008 E. 6.2 und 6.4). Es findet sich in der Vergangenheit zumindest vereinzelt aber auch die gegenteilige Ansicht (Urteile 6S.85/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2.4; 6S.467/2004 vom 11. Februar 2005 E. 2.2.1; 6S.62/2001 vom 14. Juni 2001 E. 1d; 6S.684/2000 vom 22. März 2001 E. 3c/cc).
Weist ein Täter Vorstrafen auf, wird dies straferhöhend gewichtet (BGE 121 IV 3 E. 1b S. 5 und 1c/dd S. 8 ff.; Urteil 6B 765/2008 vom 7. April 2009 E. 2.1.2; Urteil 6B 538/2007 vom 2. Juni 2008 E 3.2.3.1, nicht publ. in: BGE 134 IV 42; Urteil 6S.263/2002 vom 27. Oktober 2003 E. 6.2.4, nicht publ. in: BGE 129 IV 338). Die bisherige Rechtsprechung bedeutet, dass eine Vorstrafe grundsätzlich automatisch zu einer Straferhöhung, deren Fehlen dagegen zu einer Strafminderung führt. Eine neutrale Gewichtung fehlt, was an sich wenig überzeugend ist. Unbefriedigend erweist sich überdies, dass die Vorstrafenlosigkeit in der Regel undifferenziert berücksichtigt wird. Bei einem Straftäter, der eben erst mündig geworden ist, stellt sie keine besondere Leistung dar, wogegen der Umstand, nie verurteilt worden zu sein, bei einer älteren Person durchaus anzuerkennen ist. Das Beispiel zeigt, dass Vorstrafen bzw. deren Fehlen nicht ohne Bezug auf die konkreten Umstände bewertet werden sollten. Ist von einem Straftäter kein Strafregisterauszug erhältlich, so wird er als Ersttäter verurteilt, auch wenn er in der Vergangenheit bereits bestraft werden musste. Damit kommt er in den Genuss einer nicht gerechtfertigten Privilegierung, sofern die
verschuldensangemessene Strafe wegen Vorstrafenlosigkeit reduziert wird.
2.6.3 Die bisherige Rechtsprechung (vgl. E. 2.6.2) zur Berücksichtigung von Vorstrafen in der Strafzumessung wird durch den revidierten allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches zusätzlich in Frage gestellt.
Einträge im Strafregister sind nach einer gewissen Zeit aus dem Strafregister zu entfernen. Diese Fristen betragen je nach Deliktsschwere zwischen 10 und 20 Jahren (Art. 369 Abs. 1 StGB). Nach der Entfernung darf die Eintragung nicht mehr rekonstruierbar sein und das entfernte Urteil dem Betroffenen nicht mehr entgegengehalten werden (Art. 369 Abs. 7 StGB). Das Bundesgericht hat sich deshalb entgegen seiner früheren Rechtsprechung für ein Verwertungsverbot gelöschter Strafregistereinträge im Rahmen der Strafzumessung und der Prognosebeurteilung ausgesprochen (BGE 135 IV 87 E. 2.4 S. 91 f. mit Hinweisen). Diese Verwertungseinschränkung ist gerechtfertigt, da die Vortaten aufgrund der grosszügig bemessenen Entfernungsfristen (vgl. Art. 369 Abs. 1 StGB) Jahrzehnte zurückliegen. Nach Ablauf dieser Fristen sind die Rehabilitierungs- und Resozialisierungsinteressen des Betroffenen von Gesetzes wegen schwerer zu gewichten als die öffentlichen Informations- und Strafbedürfnisse (BGE 135 IV 87 E. 2.4 S. 92 mit Hinweisen). Personen, deren Vorstrafen im Strafregister gelöscht wurden, gelten somit als nicht vorbestraft. Dies führt zum unbefriedigenden Ergebnis, dass der Täter gleich behandelt werden müsste wie derjenige, der sich tatsächlich
noch nie vor Gericht zu verantworten hatte. Er erhielte eine niedrigere Strafe mit der an sich unzutreffenden Begründung, noch nie bestraft worden zu sein. Das registerrechtliche Fehlen von Vorstrafen ist deshalb nach neuem Recht alleine nicht mehr aussagekräftig genug, um eine Privilegierung im Strafmass zu rechtfertigen.
2.6.4 Unter diesen Umständen kann an der bisherigen Rechtsprechung nicht festgehalten werden. In der Bevölkerung hat es als Normalfall zu gelten, (kriminell) nicht vorbestraft zu sein. Die Vorstrafenlosigkeit ist deshalb neutral zu behandeln, also bei der Strafzumessung nicht zwingend strafmindernd zu berücksichtigen. Dies schliesst nicht aus, sie ausnahmsweise und im Einzelfall in die Gesamtbeurteilung der Täterpersönlichkeit ein-

zubeziehen, was sich allenfalls strafmindernd auswirken kann. Vorausgesetzt ist jedoch, dass die Straffreiheit auf eine aussergewöhnliche Gesetzestreue hinweist. Eine solche darf wegen der Gefahr ungleicher Behandlung nicht leichthin angenommen werden, sondern hat sich auf besondere Umstände zu beschränken. Zu denken ist beispielsweise an den Berufschauffeur, der sich als Ersttäter wegen eines Strassenverkehrsdeliktes strafrechtlich zu verantworten hat, obschon er seit vielen Jahren täglich mit seinem Fahrzeug unterwegs ist.
Derartige Umstände werden im vorliegenden Fall nicht geltend gemacht und liegen offensichtlich auch nicht vor. Dass die Beschwerdeführerin nicht vorbestraft ist, kann ihr deshalb nicht strafmindernd angerechnet werden. Die entsprechende Rüge ist unbegründet.
2.7
2.7.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei unzulässig, ihr Strafmass mit jenem des Ehemannes zu vergleichen. Ein Vergleich sei nur möglich, wenn die "Parameter" ähnlich seien. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Dem Ehemann würde eine grössere Menge Thaipillen zur Last gelegt. Ausserdem handle es sich bei ihm um ein Zusatzurteil. Dabei habe die Vorinstanz zu verstehen gegeben, dass sie das erste Urteil aus dem Kanton Solothurn als zu mild erachte. Deshalb sei das Strafmass beim Ehemann höher ausgefallen.
2.7.2 Hat der Sachrichter im gleichen Verfahren mehrere Tatbeteiligte zu beurteilen, so ist bei der Verschuldensbewertung mit zu berücksichtigen, in welchem gegenseitigen Verhältnis die Tatbeiträge stehen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung und Gleichmässigkeit der Strafzumessung gebietet, dass sich jeder für den ihm zukommenden Anteil an der Unrechtmässigkeit der Tat zu verantworten hat. Dieser Grundsatz ist nur verletzt, wenn es der Richter bei der Festlegung der einzelnen Strafen unterlässt, im Sinne einer Gesamtbetrachtung beide Strafzumessungen in Einklang zu bringen (vgl. zur Frage der Mittäterschaft BGE 6B 112/2009 vom 16. Juli 2009 E. 3.2).
2.7.3 Die Beschwerdeführerin und ihr Ehemann haben teils als Mittäter (bandenmässig), teils als Haupttäter und Gehilfin Thaipillen gehandelt und importiert. Daneben haben sie zusammen bandenmässig Geldwäschereidelikte begangen. Der Ehemann hat sich für weitere Betäubungsmitteldelikte zu verantworten, welche der Beschwerdeführerin nicht zur Last gelegt werden. Seine Strafe ist als Zusatzstrafe auszufällen.
2.7.4 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist ein Vergleich des Strafmasses nicht von vornherein unzulässig, auch wenn sich Schuldsprüche und Tatbeiträge unterscheiden. Stehen mehrere Tatbeteiligte gleichzeitig vor Gericht, so ist die Relation der Strafen als Strafzumessungskriterium heranzuziehen. Die Strafe des Ehemannes fällt im Verhältnis zu jener der Beschwerdeführerin günstiger aus, da es sich um eine Zusatzstrafe handelt und bereits in der Vorstrafe Betäubungsmitteldelikte enthalten sind. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

3.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist gegenstandslos, soweit die Beschwerde gutzuheissen ist. Soweit die Beschwerde abzuweisen ist, war sie von vornherein aussichtslos (Art. 64 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist insoweit abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin im Umfang ihres Unterliegens kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Den angespannten finanziellen Verhältnissen der Beschwerdeführerin ist bei der Bemessung der Gerichtskosten Rechnung zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 20. Januar 2009 aufgehoben und die Sache zur neuen 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.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.
Der Kanton Bern hat den Vertreter der Beschwerdeführerin, Fürsprecher Thomas Marfurt, Bern, mit Fr. 1'500.– zu entschädigen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 14. Januar 2010

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Favre Koch