

SK-Nr. 2008/170

Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichterin Bratschi (Präsidentin i.V.), Oberrichter Cavin und Oberrichter Herrmann sowie Kammerschreiberin Alemayehu

vom 28. Juli 2008

in der Strafsache gegen

A.

Angeschuldigter/Appellant

wegen Widerhandlungen gegen das BetmG

Regeste

Die Vorinstanz hat bezüglich des Anstaltenstreffens zum Verkauf bzw. des Verkaufs von Drogen durch den Angeschuldigten auf weitere Beweismassnahmen verzichtet und sich einzig auf die Anzeige gestützt, ohne den polizeilichen Anzeiger zu befragen. Es ist unklar, was mit den Papierbrieflein aus Lottoscheinen passiert ist, welche nicht sichergestellt wurden, auf die sich die Vorinstanz aber trotzdem gestützt hat. Das Unterlassen der Befragung von Belastungszeugen stellt einen wesentlichen Verfahrensfehler dar, weshalb die Kammer das Urteil aufhob.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Am 6. August 2007 wurde A. wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu gemeinnütziger Arbeit von insgesamt 132 Stunden nebst Verfahrenskosten verurteilt. Dagegen erklärte der Angeschuldigte form- und fristgerecht die vollumfängliche Appellation. Die Kammer ordnete mit Verfügung vom 11. Juli 2008 das schriftliche Verfahren an. Das Verfahren wurde gestützt auf Art. 352 Ziff. 5 StrV auf die Frage der Kassation des erstinstanzlichen Urteils beschränkt.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Formelles

(...)

II. Materielles

1. Zur Begründung des Schuldspruchs durch die Vorinstanz kann vorweg der Einfachheit halber auf die diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden (vgl. dazu Erw., S. 1 ff = pag. 25 ff). Im Folgenden soll das Wichtigste noch einmal kurz zusammengefasst werden:

Die Vorinstanz stützt ihren Schuldspruch – soweit im Widerspruch zu den Aussagen des Angeeschuldigten – einzig auf den Inhalt der Anzeige vom 30.04.2007 (pag. 1 ff). Das Bestreiten des Besitzes von Lottoscheinen zum Erstellen von Heroinbrieflein sei eine Schutzbehauptung des Angeeschuldigten, da die Polizei bei der Leibesvisitation mehrere aus Lottoscheinen hergestellte Papierbrieflein gefunden habe. Dies müsse als klares Indiz dafür gelten, dass diese für den Verkauf einer unbestimmten Menge Heroin gedacht gewesen seien. Gestützt auf die Aussagen des Angeeschuldigten, wonach sich in einem Minigrip normalerweise fünf Gramm Heroin befinden würden sowie auf die Tatsache, dass die Polizei ihn dabei habe beobachten können, wie er mehrere Male aus einem Minigrip Heroin herausgeschöpft und dafür Notengeld entgegengenommen habe, schliesse das Gericht, dass er an diesem Tag im Besitze von ungefähr fünf Gramm Heroin gewesen sei. 0,5 Gramm seien noch bei seinen Effekten vorgefunden worden, woraus sich schliessen lasse, dass er am besagten Tag eine unbestimmte Menge, mindestens jedoch vier Gramm Heroin verkauft haben müsse. Aus dem Umstand, dass er zudem gemahlenes Rohypnol auf sich getragen habe, könne ausserdem geschlossen werden, dass er Anstalten dazu getroffen habe, das gemahlene Rohypnol zu verkaufen.

2. Demgegenüber rügt der Angeeschuldigte in seiner Vernehmlassung vom 23.06.2008 (pag. 47), er habe nie den Besitz einer Tablette Rohypnol sowie eines Briefleins Heroin bestritten, er bestreite aber den Vorwurf, Vorbereitungshandlungen zum Verkauf von Heroin oder Rohypnol getroffen zu haben. Die Beobachtungen der Polizei seien nicht richtig. Er sei nur mit einem Brieflein von ca. 0,2 Gramm Heroin und nicht wie behauptet 0,9 Gramm Heroin sowie SFr. 3.80 angehalten worden. Es stelle sich damit die Frage, wo das ganze Notengeld und das Minigrip mit Heroin verblieben seien. Die Aussagen der Polizisten, dass er das Notengeld wahrscheinlich einer anderen unbekannten Person weitergegeben habe, bestreite er. Er ersuche um Befragung der Polizisten.

Deren Aussagen zufolge habe er Papierbrieflein aus geschnittenen Lottoscheinen auf sich getragen, was ebenfalls nicht zutreffe. Ausserdem sei die Behauptung, er habe mit dem gemahlenen Rohypnol das Heroin strecken wollen, nicht nur komisch, sondern sogar lächerlich.

3. Wird gegen ein Urteil, welches an wesentlichen Verfahrensmängeln leidet, die in oberer Instanz nicht behoben werden können, die Appellation eingereicht, so hebt die Appellationsinstanz das erstinstanzliche Urteil und allenfalls das vorausgegangene Verfahren ausnahmsweise auf und weist den Fall an die erste Instanz eines anderen Kreises bzw. - wenn davon keine Nachteile zu erwarten sind - an das bereits in erster Instanz urteilende Gericht zur neuen Behandlung und Beurteilung zurück (vgl. Art. 360 Abs. 1 und 2 StrV).

Das Institut der Kassation gründet im Gedanken, dass in erster Instanz verletzte wesentliche Verfahrensvorschriften in oberer Instanz nicht in allen Fällen ohne Nachteil für die betroffene Partei gutgemacht werden können, und dass die am Strafverfahren Beteiligten in jeder Instanz Anrecht auf ein gesetzmässiges Verfahren haben. Würde ungeachtet schwerer Prozessrechtsverletzungen der Vorinstanz der Fall durch die obere Instanz materiell entschieden, ginge dem Betroffenen eine Instanz verloren, was nicht zulässig wäre (vgl. dazu MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. Auflage 2003, S. 547).

Grundsätzlich führt ein aufgetretener Verfahrensmangel nur dann zur Kassation, wenn dieser zum angefochtenen Urteil kausal war, wobei ein strikter Nachweis in der Regel schwierig zu erbringen ist und demnach lediglich die Wahrscheinlichkeit einer Auswirkung des fraglichen Verfahrensmangels auf das Urteil darzutun ist. Vom Erfordernis der Kausalität ausgenommen sind allerdings die sich aus Art. 29 Abs. 2 BV (Art. 4 aBV) und Art. 6 EMRK ableitenden, den Parteien rein formal zustehenden Ansprüche, wie insbesondere jener auf rechtliches Gehör und die sich daraus ergebenden weiteren Ansprüche (vgl. dazu MAURER, a.a.O., S. 547 f. sowie die Kasuistik bei AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, N 1875 ff.).

Zur Kassation führt auch eine fehlende oder ungenügende Beweisaufnahme durch die erste Instanz. Eine unvollständige Beweisaufnahme stellt insofern einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, als er in oberer Instanz nicht behoben werden kann. Eine völlige oder doch weitgehende Beweiserhebung kann nicht Sache der Appellationsinstanz sein. Diese stützt sich vielmehr grundsätzlich auf die Beweisaufnahme der Vorinstanz und kann Beweisergänzungen vornehmen. Drängt sich in oberer Instanz eine

Beweisergänzung auf, die vor erster Instanz bereits hätte vorgenommen werden können, welche zudem in der ganzen Beweisführung ein bedeutendes Gewicht hat und/oder die im Verhältnis zur erstinstanzlich geführten Beweisaufnahme ein grosses Ausmass erreicht, so führt die Vornahme dieser Ergänzung erst im Appellationsverfahren für die Parteien zu einem Instanzenverlust. Das ganze, vollständige Beweismaterial liegt erst in zweiter Instanz vor und kann somit nur vor der Strafkammer umfassend diskutiert werden. Bei solchem Vorgehen verlören die Betroffenen eine Tatsacheninstanz (AESCHLIMANN, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern 1997, N 1877). Ob eine Beweisergänzung in oberer Instanz gestützt auf Art. 350 StrV noch zulässig ist oder aber eine ungenügende Beweisaufnahme vorliegt, welche gestützt auf Art. 360 StrV zur Kassation führt, hat die mit der Sache befasste Strafkammer ermessensweise, geleitet von den obigen Überlegungen, zu entscheiden.

4. Auf Verfügung der Kammer vom 11.07.2008 (pag. 49) teilte der stv. Generalprokurator mit Eingabe vom 18.07.2008 (pag. 51 ff) insbesondere Folgendes mit:

„Gemäss Anzeige vom 26. April 2007 trug der Angeschuldigte bei der Leibesvisitation ein Brieflein Heroin und eine gemahlene Tablette Rohypnol auf sich sowie eine Barschaft von SFr. 380.-- (recte SFr. 3.80). Zudem habe er mehrere aus Lottoscheinen erstellte Papierbrieflein auf sich getragen. Sichergestellt wurden aber nur ein Brieflein Heroin sowie eine Tablette Rohypnol. Was mit den so genannten Papierbrieflein aus Lottoscheinen geschehen ist, kann den Akten nicht entnommen werden. Die Vorinstanz stützt sich diesbezüglich nur auf die Anzeige. Eine Befragung der Polizisten ist nie erfolgt, der Angeschuldigte hatte somit auch nie Gelegenheit, den Polizeibeamten Fragen zu stellen. Damit liegt ein wesentlicher Prozessfehler vor, der in zweiter Instanz nicht geheilt werden kann. Gemäss Art. 360 Abs. 1 StrV ist deshalb das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und der Fall ist zur neuen Behandlung an ein anderes Einzelgericht des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen zurückzuweisen.“

5. Die Kammer schliesst sich der eben zitierten Beurteilung des stv. Generalprokurators grundsätzlich an - insbesondere unter Hinweis darauf, dass

- sich die Appellationsinstanz gemäss Art. 350 StrV grundsätzlich auf die Beweisaufnahme der Vorinstanz stützt und von Amtes wegen oder auf Antrag der Parteien Beweisergänzungen anordnen kann;
- die Anschuldigung des Anstaltentreffens zum Verkauf bzw. des Verkaufs von Drogen vom Angeschuldigten stets bestritten worden ist, die Vorinstanz aber trotzdem auf diesbezügliche Beweismassnahmen verzichtet und einzig aufgrund der Anzeige (also ohne Befragung des polizeilichen Anzeigers) als erstellt angenommen hat, dass die Polizei ihn beim Dealen beobachtet habe;
- die notwendige Befragung des bzw. von Belastungszeugen durch die obere Instanz zwar möglich wäre, dem Appellanten aber dadurch eine Instanz verloren ginge, da

gegen das oberinstanzliche Urteil kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung steht (vgl. dazu MAURER, Das bernische Strafverfahren, Bern, 2. Auflage 2003, S. 548);

- dementsprechend wesentliche Verfahrensmängel bestehen, die in oberer Instanz nicht behoben werden können;
- daher das Verfahren gestützt auf Art. 360 Abs. 1 StrV bis vor Schluss des Beweisverfahrens vor erster Instanz aufzuheben und die Sache zur Neubehandlung an einen anderen Richter des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen zurückzuweisen ist;
- aus diesem Grund gestützt auf Art. 360 Abs. 3 StrV die Seiten 19 (nach Verbal), 20 bis 22 (Urteil) sowie 25 bis 33 (Urteilsbegründung) aus den Akten zu entfernen sind. Das Urteil im Widerrufsverfahren gegen A. vom 06.08.2007 (pag. 23) ist mangels Anfechtung rechtskräftig und hat demnach im Aktenheft zu verbleiben;
- die oberinstanzlichen Verfahrenskosten gestützt auf Art. 393 Abs. 1 StrV dem Kanton zur Bezahlung auferlegt werden und A. gemäss Art. 406 StrV eine Entschädigung, festgesetzt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 100.00, auszurichten ist.