

BK 11 209

Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen

unter Mitwirkung von Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichter Stucki und Oberrichter Trenkel sowie Gerichtsschreiberin Beldi

vom 15. Dezember 2011

in der Strafsache gegen

A.

verteidigt durch Rechtsanwalt X.

Beschuldigter/Beschwerdeführer

wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz / Beschlagnahme / Verfügung betr.
Schnitt des beschlagnahmten Hanfs / vorsorgliche Massnahmen

Regeste:

Der von der Staatsanwaltschaft angeordnete Hanfschnitt, welcher im Ergebnis zur vorzeitigen Vernichtung der Hanfpflanzen geführt hat, ist als widerrechtlich zu qualifizieren. In strafprozessualer Hinsicht besteht keine gesetzliche Grundlage, welche dieses Vorgehen rechtfertigen würde.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen hat beschlossen:

1. Auf die Beschwerde vom 21. August 2011 (persönlich überbracht am 24. August 2011) gegen die Verfügung vom 17. August 2011 wird nicht eingetreten.
2. Hinsichtlich der Beschwerde gegen die Verfügung vom 23. August 2011 wird festgestellt, dass der Schnitt des Hanffeldes widerrechtlich gewesen ist.

[...]

Begründung:

1. Gegen A. wird wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Hanfanbau) ermittelt. Im Rahmen dieses Verfahrens und vor dem Hintergrund des am 1. Juli 2011 in

Kraft getretenen, revidierten Betäubungsmittelrechts (neu gelten Stoffe bzw. Produkte des „Wirkungstyps Cannabis“ ab einem THC-Grenzwert von 1% als verbotene Betäubungsmittel) beauftragte der zuständige Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Besondere Aufgaben, am 17. August 2011 die Kantonspolizei Bern den – soweit hier interessierend – vom Beschuldigten im Jahr 2011 angebauten Hanf zu beschlagnahmen, den Umfang desselben festzustellen und eine Probe zur Bestimmung des THC-Gehalts zu entnehmen. Weil der hiernach ermittelte Gesamt-THC-Gehalt 1,7% ergab, wurde die Kantonspolizei mit einer weiteren Verfügung vom 23. August beauftragt, den Hanf unverzüglich zu schneiden und an einen geeigneten und sicheren Ort zu verbringen.

Gegen die Verfügung vom 17. August 2011 reichte A. am 21. August 2011 Beschwerde ein (nachfolgend: Beschwerde 1; Eingang: 24. August 2011) und beantragte sinngemäss die Aufhebung vorgenannter Verfügung sowie die Herausgabe seines Eigentums. Mit Eingabe vom 23. August 2011 beantragte er vor dem Hintergrund des von der Kantonspolizei durchgeführten Hanfschnitts vorsorgliche Massnahmen. Zu letztgenanntem Gesuch nahm der zuständige Staatsanwalt am 30. August 2011 Stellung.

Am 2. September 2011 reichte A., nunmehr privat verteidigt durch X., gegen die Verfügung vom 23. August 2011 (Hanfschnitt) Beschwerde ein (nachfolgend: Beschwerde 2). In dieser beantragte er deren Aufhebung sowie die Feststellung der Unverhältnismässigkeit der Durchführung und Umsetzung vorgenannter Verfügung. Mit Verfügung der Präsidentin der Beschwerdekammer vom 6. September 2011 wurde das am 26. August 2011 eröffnete Beschwerdeverfahren betreffend die Beschwerde 1 auf die Beschwerde 2 ausgedehnt. Gleichzeitig schrieb die Präsidentin das am 23. August gestellte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen als gegenstandslos geworden vom Protokoll ab, da A. bzw. sein Verteidiger in der diesbezüglichen Replik vom 5. September 2011 ausgeführt hatten, es gäbe keine vorsorglichen Massnahmen, welche die Ausreifung des Hanfs und damit die industrielle Verwertung retten könnten. Aufgrund der Ausführungen in der Replik zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen und gestützt auf die Tatsache, dass bei einem Rundgang Schimmelbefall auf dem sicherstellten Hanf festgestellt worden war, ordnete der zuständige Staatsanwalt mit Verfügung vom 9. September 2011 die Entsorgung des Hanfs an. Mit Eingabe vom 21. September 2011 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft nach intern eingeholter Stellungnahme beim zuständigen Staatsanwalt die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Die Replik ging am 31. Oktober 2011 ein.

2. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO). Die Zuständigkeit der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO und Art. 35 GSOG i.V.m. Art. 29 Abs. 2 lit. a OrR OG. Zur Beschwerde befugt ist eine Partei, wenn sie ein rechtliches geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Das Interesse bzw. die Betroffenheit muss in der Regel aktuell sein. Ein aktuelles praktisches Interesse fehlt insbesondere dann, wenn der Nachteil auch bei Gutheissung der Beschwerde nicht mehr behoben werden kann (BGE 118 Ia 488 E. 1a; AK-Beschluss Nr. 2008/11 vom 21. Januar 2008; AK-Beschluss Nr. 2001/359 vom 24. August 2001). Auf das Erfordernis des aktuellen praktischen In-

teresses ist ausnahmsweise zu verzichten, wenn es um eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung geht, die sich jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen und wegen der Dauer des Verfahrens sonst nie rechtzeitig einer endgültigen Beurteilung zugeführt werden könnte (Entscheid des Bundesgerichts vom 10. April 2011, 1P.775/2000, E. 1a mit Hinweis; ZIEGLER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 383 N 2; AK-Beschluss Nrn. 2009/482 und 2009/513 vom 12. Februar 2010; Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichts 100.2007.23149 vom 1. September 2008, E. 3.2, wiedergegeben in BVR 2008, S. 569 ff., S. 571).

Vorliegend beantragt der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde 2 die Aufhebung der Verfügung vom 23. August 2011 (Schnitt/Sicherstellung des Hanfs). Mit der mittlerweile erfolgten Vernichtung des fraglichen Hanfs kann dem Ersuchen des Beschwerdeführers nicht mehr entsprochen werden. Indessen liegt es in der Natur der Sache, dass geschnittener Hanf ohne entsprechenden aufwändigen und kostspieligen Einsatz relativ rasch nach dem Schnitt Schaden nimmt und die Frage nach der Rechtmässigkeit der erfolgten Massnahme – sollte sie sich in späteren Fällen so oder ähnlich wieder stellen – nie rechtzeitig durch die Beschwerdekammer überprüft werden könnte. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde 2 ist deshalb ausnahmsweise trotz Fehlens eines aktuellen Rechtsschutzinteresses einzutreten. Nicht einzutreten ist demgegenüber auf die Beschwerde 1, da dieser durch die Beschwerde 2 [recte: aufgrund der Verfügung vom 23. August 2011] bereits vor Rechtshängigkeit keine selbständige Bedeutung mehr zugekommen ist.

3.

- 3.1 Der Beschwerdeführer macht hauptsächlich geltend, dass es an einer gesetzlichen Grundlage fehle, welche das Vorgehen der Staatsanwaltschaft rechtfertigen würde. Der Schnitt des Hanfs vor dem Erntezeitpunkt komme einer vorgezogenen Vernichtung gleich. Damit liege ein schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie vor, wofür es einer klaren und eindeutigen Grundlage in einem formellen Gesetz bedürfe. Eine solche fehle aber vorliegend und könne weder in Art. 69 StGB noch in Art. 266 Abs. 5 StPO erblickt werden. Mit dem Vorgehen der Staatsanwaltschaft seien daher auch grundlegende Verfahrensrechte des Beschwerdeführers verletzt worden (insbesondere Art. 6 EMRK). Ausserdem bestreitet der Beschwerdeführer auch das Vorhandensein einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage hinsichtlich des Vorliegens einer strafbaren Handlung und somit hinsichtlich des hinreichenden Tatverdachts. Die angefochtene Verfügung stütze sich bei der Beurteilung des Industriehanfs als verbotenes, unter keinen Umständen legalisierbares Betäubungsmittel nicht auf ein formelles Gesetz – wie dies von Art. 1 StGB verlangt werde –, sondern lediglich auf eine Departementsverordnung des EDI (BetmVV-EDI). Komme hinzu, dass der vom EDI aufgestellte Grenzwert von 1 % THC ohnehin fraglich sei, benötige es doch mehr als 2 % THC, damit von einer berauschenden Wirkung gesprochen werden könne. Zudem handle es sich bei dem vom Beschwerdeführer verwendeten Saatgut nicht um solches des Typs Cannabis Indica; nur mit letztgenanntem Typ befasse sich das Betäubungsmittelrecht. Hinsichtlich der fraglichen Bestimmungen in der Departementsverordnung BetmVV-EDI (Art. 1 und Anhang 1) sei schliesslich festzuhalten, dass diese unter Verletzung der entsprechenden Delegationsgrundsätze entstanden und daher nicht verbindlich seien. Sinngemäss macht der Beschwerdeführer hinsichtlich der Revision des Betäubungsmittelrechts ausserdem geltend, das revidierte BetmG sowie die zugehörigen neuen Verordnungen seien per 1. Juli

2011 in Kraft gesetzt, der Hanf jedoch bereits im April 2011 gesät worden, die neue Regelung könne nicht rückwirkend gelten, weshalb der diesjährige Hanf aufgrund der alten, bis 30. Juni 2011 geltenden Regelung zu beurteilen sei (Beschwerde 2 S. 9 Ziff. 7).

Schliesslich rügt der Beschwerdeführer auch die Verhältnismässigkeit des Eingriffs sowie der Umsetzung. Er sei von den Behörden vor einen *fait accompli* gestellt worden und hätte keine Alternativen vorschlagen können. Vor dem Hintergrund, dass das Hanffeld ohnehin bereits mit Beschlagnahme belegt gewesen sei und Umfang und THC-Gehalt festgestellt worden seien, der Beschwerdeführer ausserdem für genügend Sicherungsmassnahmen gesorgt habe, sei der Schnitt unnötig gewesen. Mit Blick auf den allfälligen strafrechtlichen Vorwurf (einfache Widerhandlung gegen das BetmG durch Produktion von geringfügig über dem Grenzwert gemäss EDI liegenden Industriehanf) sei die ganze Aktion zudem nicht im geringsten angemessen gewesen („Grossaufgebot“, überfallartiges Vorfahren auf seinem Hof, unangemessenes Eindringen in sein Haus und Anwendung körperlicher Gewalt, mit der Folge, dass seine Ehefrau eine Herzattacke erlitten habe und nun eine ernsthafte psychische Traumatisierung davon getragen habe).

- 3.2 Die Staatsanwaltschaft rechtfertigt ihr Vorgehen mit der per 1. Juli 2011 eingetretenen Gesetzesänderung. Beim Hanf des Beschwerdeführers, der mehrheitlich einen THC-Gehalt von 2 % aufgewiesen habe, handle es sich um ein verbotenes Betäubungsmittel, dessen Anbau und Besitz strafbar und das gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht verkehrs- und nicht eigentumsfähig sei. Inwiefern sich der Beschwerdeführer daher überhaupt auf die Eigentumsgarantie berufen könne, sei deshalb fraglich. Dass der THC-Grenzwert durch eine Departementsverordnung festgelegt worden sei, werde durch eine ausreichende Delegationsnorm im Gesetz gedeckt. Ausserdem macht die Staatsanwaltschaft geltend, dass sie auch einen Gegenstand, der bei der Sicherstellung bzw. Beschlagnahme Schaden nehmen bzw. nicht mehr zum vorgesehenen Zweck verwendet werden könnte, sicherstellen und beschlagnahmen dürfte. Diesfalls wäre allenfalls die Ausrichtung einer Entschädigung zu prüfen. Damit werde dem Umstand, dass sich ein beschlagnahmter/sichergestellter Gegenstand während der Zeit der Beschlagnahme/Sicherstellung (allenfalls bis auf Null) entwerte, genügend Rechnung getragen. Ein Vorbehalt, wonach nur sichergestellt bzw. beschlagnahmt werden dürfe, was dadurch keinen Schaden nehmen könne, sei im Gesetz nicht zu finden. Vielmehr sei es absolut zulässig, verbotene Gegenstände selbst dann zu beschlagnahmen und sicherzustellen, wenn sie dadurch (Total-) Schaden erlitten, insbesondere wenn deren Besitz (wie etwa bei verbotenen Betäubungsmitteln) strafbar sei.

Hinsichtlich der Verhältnismässigkeit des Hanfschnitts weist die Staatsanwaltschaft darauf hin, dass kein milderes Mittel zur Sicherung des Hanfs zur Verfügung gestanden habe. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Alarmanlage hätte ohne grösseren Aufwand umgangen werden können. Es sei gerichtsnotorisch, dass Hanffelder in den letzten Jahren durch ganze Banden überfallen worden seien. Mehrmals sei es dabei auch zu Schiessereien, im Dezember 2010 in der Region Schwarzenburg sogar mit Todesfolge, gekommen. Selbst wenn beim Beschuldigten im Zusammenhang mit einem solchen Überfall ein akustischer Alarm ausgelöst worden wäre, stellte sich die Frage, wie er einen derartigen Angriff z.B. nachts hätte abwehren wollen. Wie sich anlässlich der Hausdurchsuchung gezeigt habe, habe der Beschwerdeführer über mehrere teilweise geladene Schusswaffen im Wohnbereich verfügt. Die vorgefundene Situation habe sich deshalb als für die öffentliche Sicherheit äusserst heikel erwiesen. Schliesslich er-

achtet die Staatsanwaltschaft die Umsetzung vor Ort als den sich damals präsentierenden Umständen angemessen.

4.

- 4.1 Die Sicherstellung bzw. der Schnitt des Hanfs stellt prozessual eine Beschlagnahme zur Sicherungseinziehung (Art. 69 StGB) dar. Vorliegend hat diese unbestrittenermassen zur vorzeitigen Vernichtung des Hanfs geführt. Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft stellt gemäss Art. 196 StPO eine Zwangsmassnahme dar, wofür es gemäss Art. 197 StPO vorab einer gesetzlichen Grundlage bedarf (so auch Art. 36 BV). Anders als die Staatsanwaltschaft meint, ist im Stadium des Vorverfahrens vorläufig davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer Eigentum am beschlagnahmten Hanf hatte, ungeachtet der Frage, ob in der hier interessierenden Konstellation neues Recht anwendbar ist oder nicht. Dies zum einen vor dem Hintergrund, dass nach bisheriger Rechtsprechung zu der bis 30. Juni 2011 geltenden Rechtslage an Hanf Eigentum begründet werden konnte (u.a. BGE 130 I 360 E. 14.2), zum anderen aber auch deshalb, weil der Beschwerdeführer behauptet, Eigentum an den beschlagnahmten Hanfpflanzen zu haben, und die Sicherstellung des Hanfs lediglich eine vorläufige Massnahme darstellt, in deren Rahmen sich unter Umständen – so wie hier – noch nicht klar abschätzen lässt, ob die Voraussetzungen einer Einziehung gemäss Art. 69 StGB eindeutig erfüllt sind. Das Vorverfahren hat denn auch zum Ziel, das Vorliegen dieser Voraussetzungen abzuklären.

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid 130 I 360 die vorzeitige Vernichtung der Hanfpflanzen als schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie qualifiziert. Eine gesetzliche Grundlage hierfür bestand indessen weder nach dem bis 31. Dezember 2010 geltenden StrV noch besteht eine solche nach der seither in Kraft stehenden StPO. Insbesondere kann ein solches Vorgehen durch die Staatsanwaltschaft auch nicht unter eine bereits normierte Zwangsmassnahme subsumiert werden. Die Bestimmungen zur vorzeitigen Verwertung können gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Anwendung gelangen, dient doch die vorzeitige Verwertung nicht den gleichen Interessen wie die vorzeitige Vernichtung. An dieser Rechtsprechung ändert sich auch unter der Geltung der neuen Strafprozessordnung nichts (vgl. BOMMER/GOLDSCHMID, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 267 N 33). Die vorzeitige Verwertung liegt sowohl im Interesse der beschuldigten Person, welche damit keinen Vermögensnachteil erleidet, als auch im Interesse des Staates, der sonst Schadenersatzpflichtig werden würde (BGE 130 I 360 E. 14.2, auch zum Folgenden). Bei der Vernichtung beschlagnahmter Gegenstände verhält es sich grundlegend anders, fällt doch kein Gegenwert an. Die Vernichtung liegt daher nicht im Interesse der beschuldigten Person und nimmt faktisch den Entscheid des Richters vorweg.

In strafprozessualer Hinsicht besteht demzufolge keine gesetzliche Grundlage, welche das Vorgehen der Staatsanwaltschaft rechtfertigen würde. Die Sicherstellung, welche zur vorzeitigen Vernichtung des Hanfs geführt hat, ist demzufolge widerrechtlich. Dies ist dispositivmässig so festzuhalten.

- 4.2 Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es bereits an einer gesetzlichen Grundlage fehlt, kann an dieser Stelle eine eingehende Beurteilung der Frage offen gelassen werden, ob überhaupt eine gesetzliche Grundlage hinsichtlich des dringenden Tatverdachts besteht bzw. ob und in welchem Umfang die neuen Bestimmungen des Betäubungsmittelrechts anwendbar wären oder nicht. Gleiches gilt betreffend die Beurteilung der Ver-

hältnismässigkeit und der Angemessenheit der durchgeführten Massnahme. Festzuhalten ist, dass der hinreichende Tatverdacht jedenfalls nach altem Recht zu bejahen gewesen ist; hinsichtlich des neuen Rechts kann nicht von vornherein eine Verletzung der Delegationsgrundsätze angenommen werden.

Hinzuweisen ist ferner auf Folgendes: Die revidierte Fassung von Art. 8 Abs. 4 BetmG sieht vor, dass allfällige Vorräte verbotener Betäubungsmittel unter Aufsicht der zuständigen kantonalen Behörde in einen vom Gesetz erlaubten Stoff überzuführen oder in Ermangelung dieser Möglichkeit zu vernichten sind. Gemäss Art. 4 Bst. a i.V.m. Art. 2 Bst. d der kantonalen Verordnung zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel (BSG 813.131) obliegt die Erfüllung dieser Aufgabe dem Kantonsapothekeramt. Eine gesetzliche Grundlage für eine vorzeitige Vernichtung besteht demzufolge für die Verwaltungsbehörde.

- 4.3 Gestützt auf das Ausgeführte braucht an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen zu werden, ob der Staatsanwaltschaft der Weg über das selbständige Einziehungsverfahren offen gestanden hätte, zumal dieses ohnehin gemäss dem Wortlaut des Gesetz ein Verfahren darstellt, welches ausserhalb eines Strafverfahrens zur Anwendung gelangen soll (BAUMANN, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 376 N 4; anderer Meinung SCHMID, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Art. 376 N 3).

[...]