Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.12/2003 /mks
6S.26/2003

Urteil vom 15. Mai 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiber Garré.

Parteien
A._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Fäh, Brühlgasse 39, 9004 St. Gallen,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Spisergasse 15, 9001 St. Gallen.

Gegenstand
6S.26/2003
qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, grobe und einfache Verkehrsregelverletzung,

6P.12/2003
Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK (Strafverfahren; rechtliches Gehör),

Nichtigkeitsbeschwerde und Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, Strafkammer, vom 22. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Wil verurteilte A._____ am 15. Juni 2000 wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie grober und einfacher Verletzung von Verkehrsregeln zu einer Zuchthausstrafe von 26 Monaten und einer Busse von Fr. 600.– als teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksamtes Münchwilen vom 7. Juni 1996. Es hielt für erwiesen, dass A._____
- um den 17. Mai 1996 ein halbes Kilo Heroin von Wil nach Singen (D) transportierte und an B._____ verkaufte;
- am 2. Juli 1999 auf der Autobahn A1, Höhe Aawangen, Richtung Zürich mit einer Geschwindigkeit von 149 km/h (erlaubte Höchstgeschwindigkeit: 120 km/h) fuhr;
- am 11. Oktober 1999 auf der Autobahn A1, Höhe Dättwil, Richtung Bern mit einer Geschwindigkeit von 136 km/h (erlaubte Höchstgeschwindigkeit: 100 km/h) fuhr.
B.
Auf Berufung des Angeklagten hin sprach das Kantonsgericht St. Gallen A._____ am 22. Oktober 2002 der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der groben und einfachen Verletzung von Verkehrsregeln schuldig und verurteilte ihn zu 22 Monaten Gefängnis. Es stellte zunächst fest, dass die Schuldsprüche im Bereich des Strassenverkehrsrechts nicht angefochten wurden und deshalb in Rechtskraft erwachsen sind. Es hielt dann für erwiesen, dass der Angeklagte als Mittäter an einem Drogengeschäft über ein halbes Kilo Heroin beteiligt war.
C.

Mit Nichtigkeitsbeschwerde vom 22. Januar 2003 und staatsrechtlicher Beschwerde vom 3. Februar 2003 beantragt A._____, das Urteil des Kantonsgerichts sei aufzuheben und die Sache an dieses zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Er stellt zudem für beide Beschwerden Gesuche um aufschiebende Wirkung und unentgeltliche Rechtspflege.

Das Kantonsgericht und die Staatsanwaltschaft verzichten auf Gegenbemerkungen.
D.
Mit Verfügung vom 25. Februar 2003 erkannte der Präsident des Kassationshofes des Bundesgerichts der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung zu.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
I. Staatsrechtliche Beschwerde
1.
Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 BV sowie von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, da das Kantonsgericht seinem Urteil die Zeugenaussagen von B._____ zugrunde gelegt habe, obwohl mit diesem Belastungszeugen nie eine Konfrontationseinvernahme durchgeführt und dem Beschwerdeführer auch nie die Möglichkeit eingeräumt worden sei, dem Zeugen Fragen zu stellen. Zudem habe das Kantonsgericht die entlastenden Aussagen des gleichen Zeugen nicht berücksichtigt.
2.
2.1 Der Anspruch des Angeklagten auf eine Konfrontation mit Belastungszeugen gehört zum Grundgehalt des von Art. 6 EMRK sowie von den Art. 29 bis 32 BV garantierten rechtsstaatlichen Verfahrens, weshalb ihm nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich absoluter Charakter zukommt (BGE 125 I 127 E. 6c/cc S. 135). Es soll garantiert werden, dass keine Verurteilung sich auf Aussagen stützt, zu denen sich der Beschuldigte nicht hat äussern und deren Urheber er nicht hat befragen können.
2.2 Das strenge Erfordernis des Anspruchs auf direkte Befragung von Belastungszeugen erfährt in der Rechtsprechung sowohl des Schweizerischen Bundesgerichts als auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte eine gewisse Abschwächung: Es gilt uneingeschränkt nur in all jenen Fällen, in denen dem streitigen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt, das Zeugnis also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt (vgl. BGE 125 I 127 E. 6 c/dd mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR). In diesem Sinne hat der Europäische Gerichtshof trotz der absoluten Natur des Rechts des Beschuldigten auf Befragung von Belastungszeugen Konventionsverletzungen in verschiedenen Konstellationen verneint. Er führte aus, es sei nicht in allen Fällen möglich, dem Anspruch auf Konfrontation praktisch gerecht zu werden. Wenn der Zeuge aus äusseren Umständen, die die Behörden nicht zu vertreten haben, nicht einvernommen und dem Beschuldigten nicht gegenübergestellt werden konnte, hat der Gerichtshof unter den besondern Umständen des Einzelfalles eine Konventionsverletzung verneint (vgl. Urteil i.S. Ferrantelli gegen Italien, Recueil CourEDH 1996-III S. 937, Ziff. 52; Urteil i.S. Doorson gegen Niederlande, Recueil CourEDH 1996-II S. 446,
Ziff. 79; Urteil i.S. Artner gegen Österreich, Recueil CourEDH Serie A, Nr. 242-A, Ziff. 21 f. = EuGRZ 1992 S. 476; Urteil i.S. Asch gegen Österreich, Recueil CourEDH Serie A Nr. 203, Ziff. 30 f. = EuGRZ, 1992 S. 474). In all diesen Fällen war von Bedeutung, dass das belastende Zeugnis nicht den einzigen oder den ausschlaggebenden Beweis darstellte.
2.3
Der Beschwerdeführer beantragte am 12. Mai 1999 eine Konfrontationseinvernahme zwischen ihm und B._____ (Doss. V/10). Mit Ersuchen um internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 26. Mai 1999 an die Staatsanwaltschaft Karlsruhe wurde die vorübergehende Auslieferung von B._____ nach St. Gallen bzw. die Überstellung an die Justizvollzugsanstalt Konstanz beantragt (Doss. RH1/13). Der Zeuge, der sich in Mannheim im Strafvollzug befand, lehnte sowohl eine vorübergehende Auslieferung als auch eine Überstellung nach Konstanz ab (Doss. RH1/14). Da die Überstellung eines Häftlings als Zeuge oder zur Konfrontation nach deutschem Recht nur mit Zustimmung des Betroffenen möglich ist, konnte die Gegenüberstellung nicht stattfinden (Art. 11 Abs. 1 lit. a Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen SR 0.351.1, Erklärung [Deutschland]zu Art. 11).

Mit Schreiben vom 24. August 1999 wiederholte der Beschwerdeführer den Antrag auf Durchführung einer Konfrontation (Doss. RH3/1). Unter Bezugnahme auf die oben erwähnte Weigerung des Zeugen teilte ihm der

zuständige Untersuchungsrichter mit, dass die Konfrontation faktisch nicht möglich sei (Doss. RH3/2). Im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren wurde die Konfrontation nicht mehr explizit verlangt. Im Berufungsverfahren wurde hingegen das Konfrontationsgesuch vom Angeklagten wieder erhoben (Berufungsakten B/1). Dementsprechend wurde der Zeuge - der in der Zwischenzeit seine Strafe in Deutschland abgesessen und sich danach im Kosovo niedergelassen hatte - mittels Ersuchen um internationale Rechtshilfe in Strafsachen vorgeladen. Nach Erhalt der Vorladung setzte er sich telefonisch mit dem zuständigen Untersuchungsrichter in Verbindung und versprach zu erscheinen. Seit diesem Anruf meldete er sich nicht mehr. Eine Konfrontation wurde nicht durchgeführt (Berufungsakten B/18).
2.4 Die Zeugenaussage B._____s stellt nicht das zentrale Beweismittel in diesem Verfahren dar. Die ausschlaggebende Bedeutung kommt der von der Kriminalpolizei Konstanz durchgeführten Überwachung des Fernmeldeverkehrs von B._____ zu. Aus der Telefonüberwachung geht zweifelsfrei hervor, dass der Beschwerdeführer, genannt "C._____", an der Übergabe von einem halben Kilo Heroin beteiligt war. Das Geschäft erfolgte um den 17./18. Mai 1996 in Singen (D). Das Ergebnis der Telefonüberwachung wird durch diverse Zeugenaussagen bestätigt und präzisiert. Von grosser Bedeutung ist auch das Aussageverhalten des Beschwerdeführers, das von Anfang an durch Widersprüche gekennzeichnet war und gesamthaft äusserst unglaubwürdig erscheint.

Die umstrittenen Aussagen von B._____ waren zwar uneinheitlich, spielten aber eine Nebenrolle in der gesamten Kette von Beweismitteln, die von der Anklage im Prozess zusammengetragen wurden. Dass eine Konfrontation mit dem Beschwerdeführer nicht durchgeführt werden konnte, macht diese Aussagen nicht völlig unverwertbar (anderer Meinung, aber zu einseitig: Dorrit Schleiminger, Konfrontation im Strafprozess, Freiburger Diss. iur., Basel 2001, S. 289-291). Die Untersuchungsbehörden haben das Anliegen des Angeklagten ernst genommen und alles Mögliche versucht, um eine Konfrontation mit B._____ durchzuführen. Trotzdem konnte der Zeuge nicht einvernommen werden. Dem Beschwerdeführer wurde ferner das Einvernahmeprotokoll eröffnet, und er hatte mehrmals die Gelegenheit sich dazu zu äussern (vgl. Doss. E/2, S. 6; Berufungsakten B/30, S. 4). In Anbetracht der Tatsache, dass dieser Zeugenaussage keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt, wurden durch die mangelnde Konfrontation die verfassungsrechtliche Rechte des Angeschuldigten gemäss Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK nicht verletzt.
2.5 Der Beschwerdeführer macht geltend, das Kantonsgericht hätte ihm mindestens die Möglichkeit einräumen müssen, dem Belastungszeugen auf schriftlichem Weg Fragen zu stellen (Beschwerde S. 9).
Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts untersteht das Recht, Belastungs- und Entlastungszeugen zu befragen, dem (kantonalen) Verfahrensrecht. Entsprechende Gesuche um Zeugenbefragungen sind daher den Behörden formgerecht einzureichen (BGE 125 I 127 E. 6c/bb mit Hinweisen).
Der Beschwerdeführer hat sein Recht auf schriftliche Befragung von Belastungszeugen im kantonalen Verfahren nicht in Anspruch genommen. Vielmehr hat sich sein Verteidiger vor dem Kantonsgericht auf den Standpunkt gestellt, dass die Möglichkeit der Stellung von Ergänzungsfragen sowieso nicht ausgereicht hätte, um den Verteidigungsrechten des Angeklagten zu genügen (Plädoyer vom 22. Oktober 2002, B/27 S. 11). Da kein ordentlicher Antrag i.S.v. Art. 92 Abs. 3 i.V.m. Art. 176 Abs. 3 StPG/SG gestellt wurde, liegt keine Verletzung der prozessualen Ansprüche des Angeklagten i.S.v. Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK vor.
3.
Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, das Kantonsgericht habe Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, indem es die entlastenden Aussagen des Zeugen B._____ nicht berücksichtigt habe.
Der Anspruch auf rechtliches Gehör i.S.v. Art. 29 Abs. 2 BV stellt im Wesentlichen eine Garantie der Fairness innerhalb eines Prozesses oder Verfahrens dar. In casu bringt der Beschwerdeführer nur vor, es seien entlastende Aussagen nicht berücksichtigt worden. Diese Rüge betrifft jedoch nicht das rechtliche Gehör, sondern das Willkürverbot (Art. 9 BV); inwieweit das Kantonsgericht in Willkür verfallen sei, ergibt sich aus der Beschwerde jedoch nicht. Das Kantonsgericht hat daher auch unter diesem Aspekt die verfassungsmässigen Rechte des Beschwerdeführers nicht verletzt.
4.
Aus diesen Gründen ist die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen.

II. Nichtigkeitsbeschwerde

5.
5.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 63 StGB. Das Bundesgericht hat die bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Grundsätze letztmals im Entscheid 129 IV 6 E. 6 publiziert. Es kann darauf verwiesen werden.
5.2 Die Vorinstanz führt aus, das Verschulden des Beschwerdeführers sei schwer. Angesichts der gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil abgeschwächten Täterrolle und des Zeitablaufs habe sie jedoch eine leichte Strafreduktion vorgenommen.

Die erste Instanz, auf deren Erwägungen die Vorinstanz hinweist, hat festgestellt, der Beschwerdeführer sei als nichtsüchtiger Händler mittlerer Kategorie in einem grenzüberschreitenden Geschäft zu bezeichnen. Zu seinen Ungunsten wirkten sich auch der erhebliche Marktwert der gehandelten Drogen, die Vorstrafen, das Zusammentreffen mehrerer Strafbestimmungen und die fehlende Einsicht aus.
Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, die Vorinstanz gehe - im Vergleich zum Bezirksgericht - von einer wesentlich abgeschwächteren Täterrolle aus. Er solle in einer Zwischenphase als Vermittler aufgetreten sein und sich um die Geldeintreibung gekümmert haben. Diese beiden Täterrollen unterschieden sich massgeblich, was sich auf die Strafzumessung hätte auswirken müssen. Anstelle der vorgenommenen Strafreduktion um lediglich 4 Monate hätte die Strafe massiv reduziert werden müssen (Beschwerde S. 7).
Die Rüge ist unbegründet. Dem Beschwerdeführer ist eine entscheidende Tatbeteiligung anzulasten. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 277bis Abs. 1 BStP) war er an einem Drogengeschäft über ein halbes Kilo Heroin massgeblich beteiligt. Zwar gibt es keine Beweise, dass er den Transport der Drogen von Wil nach Singen selbst und eigengeschäftlich ausgeführt hat. Aber selbst in der für den Beschwerdeführer günstigsten Variante - d.h. unter Weglassung der umstrittenen Aussagen von B._____ - kommt ihm die Rolle des Vermittlers oder Transportverantwortlichen für die Lieferung von rund einem halben Kilo Heroin zu. Zudem war er mit der Eintreibung des Kaufpreises dieser Drogen beschäftigt. Die Mittäterschaft bei diesem Geschäft steht daher fest (zum Begriff der Mittäterschaft bei Betäubungsmitteldelikten vgl. BGE 118 IV 397 E. 1-3; 106 IV 72 E. 2 b). Damit hat die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen nicht überschritten.
5.3 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die 18-Monate-Grenze für den bedingten Strafvollzug nicht berücksichtigt.
Gemäss Rechtsprechung hat der Richter, der eine Freiheitsstrafe von mehr als 18, aber nicht von mehr als 21 Monaten in Erwägung zieht, zu prüfen, ob eine Strafe von 18 Monaten, deren Vollzug noch zur Bewährung ausgesetzt werden kann, nicht doch schuldangemessen wäre (BGE 127 IV 97 E. 3). Diese Hypothese war vorliegend bei einer Strafe von 22 Monaten nicht erfüllt. Die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges ist nicht zu beanstanden.
6.
Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG, Art. 278 Abs. 1 BStP). Da die Rechtsbegehren des Beschwerdeführers von Anfang an aussichtslos waren, sind die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen. Der finanziellen Situation des Beschwerdeführers wird bei der Festsetzung der Gerichtskosten angemessen Rechnung getragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die staatsrechtliche Beschwerde und die Nichtigkeitsbeschwerde werden abgewiesen.
2.
Die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege werden abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 1'600.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen und dem Kantonsgericht St. Gallen, Strafkammer, sowie der Schweizerischen Bundesanwaltschaft schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 15. Mai 2003
Im Namen des Kassationshofes

des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: