Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.108/2002 /kra
6S.342/2002

Urteil vom 28. Oktober 2002
Kassationshof

Bundesrichter Schubarth, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiber Kipfer Fasciati.

X._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Marcel Grass, Effingerstrasse 16, Postfach 6417, 3001 Bern,

gegen

Generalprokurator des Kantons Bern, Postfach 7475, 3001 Bern,
Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, Hochschulstrasse 17, 3012 Bern.

Art. 4 aBV bzw. Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK und Art. 14 Abs. 3 UNO-Pakt II (Strafverfahren; Willkür, Verletzung der Verteidigungsrechte),

Art. 19 Ziff. 1 BetmG, Art. 18 Abs. 2 und Art. 25 StGB (Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; Vorsatz, Gehilfenschaft);

Staatsrechtliche Beschwerde und eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 1. März 2002.

Sachverhalt:
A.
Vom 1. April bis zum 30. Juni 2000 war X._____ als Verkäuferin in dem A._____ und seiner Schwester gehörenden Hanfladen D._____ in Thun tätig gewesen. In dieser Zeit wurden in diesem Laden insgesamt höchstens zwölf Kilogramm Hanfprodukte mit einem THC-Gehalt von mehr als 0.3 % verkauft. Der damit erzielt Umsatz betrug Fr. 78'000.–. X._____ hatte in diesem Laden bereits als Verkäuferin gearbeitet, bevor ihn A._____ auf den 1. April 2000 von den früheren Eigentümern übernahm.
B.
Mit Urteil vom 5. Juli 2001 verurteilte das Kreisgericht X Thun X._____ wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Monaten und zu einer Busse von Fr. 300.–. A._____ wurde wegen seiner Tätigkeit im Hanfladen sowie wegen weiterer, teils qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von 18 Monaten verurteilt. Die Schwester von A._____ sprach das Kreisgericht frei. X._____, A._____ und dessen Schwester waren im erstinstanzlichen Verfahren alle amtlich vertreten durch Fürsprecher Stephan Schmidli.

Gegen dieses Urteil erklärte der Generalprokurator des Kantons Bern die Appellation: X._____ und A._____ seien in Bezug auf den Verkauf von zwölf Kilogramm Hanf der gewerbsmässigen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen und mit zwölf beziehungsweise insgesamt mindestens 24 Monaten Gefängnis zu bestrafen.

X._____ erklärte ebenfalls die Appellation, nunmehr vertreten durch Fürsprecher Marcel Chr. Grass, und

beantragte die Rückweisung der Sache an die erste Instanz, eventualiter sei sie freizusprechen.
C.
Am 1. März 2002 wies das Obergericht des Kantons Bern beide Appellationen ab und bestätigte das angefochtene Urteil vollumfänglich.
D.
X._____ führt staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben, und eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Hauptantrag, sie sei freizusprechen; eventualiter sei sie der Gehilfenschaft zur Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen und mit einem Monat Gefängnis bedingt zu bestrafen, subeventualiter sei das Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
E.
Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen zu den Beschwerden verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
I. Staatsrechtliche Beschwerde
1.
Das Bundesgericht prüft die Zulässigkeit der bei ihm eingereichten Beschwerden von Amtes wegen und mit freier Kognition (BGE 127 I 92 E. 1; 127 II 198 E. 2 mit Hinweisen).

Das angefochtene Urteil ist kantonal letztinstanzlich ergangen (Art. 86 Abs. 1 OG). Die Beschwerdeführerin ist durch den Schuldspruch und die daran geknüpften Sanktionen in ihren rechtlich geschützten Interessen berührt und damit legitimiert (Art. 88 OG), eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 84 Abs. 1 lit. b OG) geltend zu machen. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.
2.
Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung der ihr aufgrund von Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 EMRK zustehenden Verteidigungsrechte. Ausserdem wäre der erstinstanzliche Richter auf Grund des ihr aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 14 Abs. 2 lit. d UNO-Pakt II zustehenden Anspruchs auf ein faires Verfahren verpflichtet gewesen, sie über ihre Rechte aufzuklären und dafür zu sorgen, dass der eingesetzte Anwalt sie wirksam verteidige und seine Berufs- und Standespflichten nicht vernachlässige. In der Sache erhebt die Beschwerdeführerin zwei Vorwürfe, einen formellen und einen materiellen: Sie sei erstens im erstinstanzlichen Verfahren unzulässigerweise von demselben Verteidiger verteidigt worden wie der Hauptangeklagte A._____ und dessen Schwester. Darin liege zweitens der Grund dafür, dass sie im erstinstanzlichen Verfahren nicht korrekt und wirksam verteidigt worden sei; der Verteidiger habe sich ganz überwiegend auf die Verteidigung des Hauptangeklagten konzentriert, das zu ihr bestehende Mandat aber habe er vernachlässigt.

Ob in casu die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung gegeben waren, kann offen bleiben, zumal der Beschwerdeführerin bereits für das erstinstanzliche Verfahren ein amtlicher Verteidiger beigegeben worden war. Diese Frage steht hier somit nicht mehr zur Diskussion. Besteht ein Offizialverteidigungsmandat, ist zu verlangen, dass dieses sowohl in der Person des Verteidigers wie auch in seiner Ausführung den für die Offizialverteidigung und für die Strafverteidigung überhaupt geltenden gesetzlichen und den von der Rechtsprechung entwickelten Regeln genügt. Eventualiter ist die Frage zu klären, ob ein in unzulässiger oder mangelhafter Verteidigung begründeter Verfahrensfehler des erstinstanzlichen Verfahrens im Verfahren vor zweiter Instanz geheilt worden wäre.
2.1 Die Beschwerdeführerin war im kreisgerichtlichen Verfahren durch denselben Anwalt vertreten wie der Hauptangeklagte. In diesem Sinne lag eine strafprozessuale Doppelvertretung vor. Ein unbedingtes und gesetzliches Verbot der Doppelvertretung kennt das schweizerische Recht auf Bundesebene nicht, zumal diese Frage primär unter kantonales Prozessrecht fiele. Die Doppelvertretung ist nach dem Strafverfahrensrecht des Kantons Bern nicht unzulässig, was die Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht behauptet. Es ist deshalb zu prüfen, ob ein Doppelvertretungsverbot aus den Minimalgarantien der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention abzuleiten ist und wie weit ein Doppelvertretungsverbot gegebenenfalls reicht.

Das in Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. d UNO-Pakt II statuierte Recht auf einen Verteidiger ist Ausdruck des Grundsatzes des fairen Verfahrens. Das Bundesgericht hat den normativen Gehalt des Rechts auf einen Verteidiger in seiner Rechtsprechung zur so genannt notwendigen Verteidigung beziehungsweise zur Offizialverteidigung entwickelt (vgl. BGE 124 I 185; 120 Ia 43; 120 Ia 48). Das Recht auf einen Verteidiger ist verletzt, wenn einem Angeklagten kein Verteidiger beigegeben wurde, obwohl dies unter den gegebenen Umständen erforderlich gewesen wäre (rechtliche Schwierigkeit des Falles, Höhe des zu erwartenden Strafmasses), oder wenn ein Verteidiger das Mandat zum Schaden des Angeklagten nicht in Übereinstimmung mit seinen Berufs- und Standespflichten und mit der gebotenen Sorgfalt wahrnimmt oder wahrnehmen kann.

Das Recht auf einen Verteidiger ist ein funktionales Recht; es besteht nicht um seiner selbst willen, sondern allein im Hinblick auf die Gewährleistung der Verfahrensfairness. Das bedeutet, dass aus diesem Recht keine abstrakten Schlussfolgerungen hinsichtlich der Person eines Verteidigers gezogen werden können - so etwa in Form eines generellen Doppelvertretungsverbotes. Das Recht auf einen Verteidiger ist nur dann als verletzt zu erachten, wenn sich aus den konkreten Umständen ergibt, dass der eingesetzte Verteidiger die Verteidigungsrechte eines Angeklagten nicht ausreichend und wirksam wahrnimmt oder wahrnehmen kann und das Verfahren damit dem Grundsatz der Fairness nicht genügt. Letzteres ist unter anderem anzunehmen, wenn der Verteidiger sich in der Ausübung des Mandates in einem Interessenkonflikt befindet (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 1P.587/1997 vom 5. Februar 1998 E. 3c, publ. in: Praxis 1998 98 568).
2.2 Das Obergericht setzt sich mit der bereits bei ihm vorgebrachten Rüge auseinander, der Verteidiger im kreisgerichtlichen Verfahren habe sich in einem Interessenkonflikt befunden und er habe die Beschwerdeführerin deshalb ungenügend verteidigt. Das Obergericht weist beide Rügen mit eingehender Begründung zurück. Auf die diesbezüglichen Erwägungen kann verwiesen werden.
2.2.1 Vertritt ein Verteidiger zwei in demselben Verfahren angeklagte Personen, befindet er sich in einem Interessenkonflikt, wenn er die Interessen und Verteidigungsrechte des einen Mandanten nicht wahrnehmen kann, ohne die Interessen und Verteidigungsrechte des anderen Mandanten zu gefährden oder gar zu verletzen. In abstrakter Betrachtung sind Interessenkonflikte in solchen Konstellationen immer möglich; es ist jedoch nicht zwingend, dass sich ein Verteidiger mit Doppelmandat in einem Interessenkonflikt befindet. Im vorliegenden Verfahren war der Sachverhalt, insbesondere die hierarchische Rollenteilung zwischen dem Geschäftsführer und der als angestellte Verkäuferin tätigen Beschwerdeführerin von Anfang an völlig unbestritten. Weder konnte die Verteidigung des Geschäftsführers auf die zusätzliche Belastung der Beschwerdeführerin noch deren Verteidigung auf die zusätzliche Belastung des Geschäftsführers aufbauen. Die Verteidigungsinteressen der beiden Angeklagten waren somit nicht gegenläufig, weshalb es zulässig war, die Verteidigung beider Angeklagten einem und demselben Rechtsvertreter zu übertragen. Die abstrakte Möglichkeit eines Interessenkonflikts vermag ein generelles Doppelvertretungsverbot nicht zu begründen; vielmehr
ist zu verlangen, dass konkrete Hinweise auf einen möglichen Interessenkonflikt bestehen; solche sind in casu nicht ersichtlich. Die Beschwerde ist insoweit abzuweisen.
2.2.2 Soweit die Beschwerdeführerin Mängel der Beweiserhebung rügt, so etwa die fehlende oder mangelhafte Befragung von Zeugen, die Behebung dieser Mängel durch entsprechende Beweisanträge im obergerichtlichen Verfahren jedoch unterliess, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden.

Das Obergericht stellt fest, dass der amtliche Verteidiger der Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren keineswegs passiv war, sondern vielmehr deren Standpunkt bereits im Hinblick auf die Überweisung des Falles an das urteilende Gericht klar dargelegt habe und seinen Berufspflichten nachgekommen sei. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten angeblichen Versäumnisse des Verteidigers sind nicht geeignet, diese Einschätzung grundsätzlich in Frage zu stellen und darzutun, dass ihre Verteidigung in einer die Verfahrensfairness verletzenden Art und Weise vernachlässigt worden wäre. Möglicherweise hätte sich ein Verteidiger, der allein die Beschwerdeführerin zu vertreten gehabt hätte, intensiver mit deren Rolle befasst und mehr Zeit für deren Verteidigung aufgewendet. Das Recht auf einen Offizialverteidiger umfasst nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch keinen Anspruch auf unverhältnismässig teure und aufwendige amtliche Verteidigung (BGE 120 Ia 48 E. 2a/bb). Auch wenn es grundsätzlich wünschenswert wäre, dass einem jeden Angeklagten ein eigener Verteidiger beigegeben wird, kann es unter dem genannten ökonomischen Gesichtspunkt in Fällen minderer Schwierigkeit und Schwere jedoch zulässig sein, einer

Angeklagten ein Verteidiger zuzuordnen, der das Dossier bereits aus seiner Funktion als Verteidiger des Hauptangeklagten kennt. Es muss dabei lediglich, wie vorliegend, ein Interessenkonflikt ausgeschlossen und die sorgfältige Ausübung des Mandats gewährleistet werden können. Dass der amtliche Verteidiger seine anwaltlichen Berufs- und Standespflichten zum Schaden der Beschwerdeführerin vernachlässigt hätte, ist jedenfalls nicht ersichtlich, auch wenn er für die Verteidigung des Hauptangeklagten mehr Zeit aufwendete. Das gilt in casu umso mehr, als sich die Beschwerdeführerin auch vor Bundesgericht damit verteidigt, nicht gewusst und auch nicht in Kauf genommen zu haben, dass es sich beim verkauften Hanf um verbotene Ware handelte und dass ihr Tatbeitrag höchstens der einer Gehilfin, nicht der einer Mittäterin gewesen sei. Beide Argumente hatte sie bereits vor erster Instanz vorgebracht. Die aus Sicht der Beschwerdeführerin gegen ihre Verurteilung vorgebrachten Gründe waren somit also bereits Thema der Verteidigung im erstinstanzlichen Verfahren (vgl. BGE 126 I 194 E. 3d).
2.3 Unter diesen Umständen kann dem erstinstanzlichen Richter nicht vorgeworfen werden, er habe gegen die aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 UNO-Pakt II abgeleitete Fürsorgepflicht gegenüber der Beschwerdeführerin verstossen, als er die strafrechtliche Doppelvertretung zuliess und gegen die Art und Weise der Mandatsausübung durch den Offizialverteidiger nicht intervenierte.
2.4 Die staatsrechtliche Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.
II. Nichtigkeitsbeschwerde
3.
3.1 Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen ist kassatorischer Natur (Art. 277ter Abs. 1 BStP). Soweit die Beschwerdeführerin mehr als die Aufhebung des angefochtenen Urteils verlangt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.
3.2 Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Dabei hat die Beschwerdeführerin kurz darzulegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern diese durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind. Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einwände, Bestreitungen und Beweismittel sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Der Kassationshof ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP; BGE 126 IV 65 E. 1, mit Hinweisen).

4.
4.1 Nach Art. 19 Ziff. 1 BetmG wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer Betäubungsmittel im Sinne des Gesetzes verkauft. Die Vorinstanz gründet den Schuldspruch auf den objektiven Umstand, dass die Beschwerdeführerin als angestellte Verkäuferin im Hanfladen D._____ 12 kg unter das Betäubungsmittelgesetz fallendes Hanfkraut verkaufte. In subjektiver Hinsicht geht die Vorinstanz von eventualvorsätzlicher Tatbegehung aus, weil die Beschwerdeführerin billigend in Kauf genommen habe, dass es sich bei dem in so genannte Duftsäckchen abgepackte und in dieser Form verkaufte Hanfkraut um verbotene Ware handeln könnte. Die Tatbeteiligung der Beschwerdeführerin wertet sie als Mittäterschaft.
4.2 Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, sie sei davon ausgegangen, dass es sich bei den Hanfprodukten nicht um verbotene Ware handle; sie habe nicht in Kauf genommen, einer möglicherweise illegalen Verkaufstätigkeit nachzugehen, weshalb die Vorinstanz fälschlicherweise den Eventualvorsatz bejahe. Es könne ihr höchstens Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Im übrigen wäre ihr Tatbeitrag höchstens als Gehilfenschaft zu qualifizieren. Sie wäre deshalb auch freizusprechen, wenn der Eventualvorsatz bejaht würde, da die eventualvorsätzliche Gehilfenschaft nicht strafbar sei.
4.3
4.3.1 Mit Eventualvorsatz handelt, wer die Tatbestandsverwirklichung zwar nicht mit direktem Vorsatz will, sie aber für den Fall, dass sie eintritt, billigend in Kauf nimmt. Bezogen auf den Verkauf von Betäubungsmitteln ist der Eventualvorsatz zu bejahen, wenn der Verkäufer weiss, dass es sich bei der verkauften Ware um Betäubungsmittel im Sinne des Gesetzes handeln könnte und damit einverstanden ist, für den Fall, dass es sich tatsächlich um verbotene Betäubungsmittel handelt.

Was der Täter wusste, wollte oder womit er einverstanden war, sind im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde prinzipiell nicht zu überprüfende Tatfragen (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Rechtsfrage ist jedoch, ob im Lichte

der von der kantonalen Instanz festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz berechtigt erscheint (vgl. BGE 119 IV 1 E. 5; 123 IV 155 E. 1).

Die Vorinstanz stellt fest, es sei der Beschwerdeführerin gemäss eigener Angaben bekannt gewesen, dass das Hanfkraut nicht zum Rauchen verkauft werden dürfe; sie sei aber aufgrund von Informationen Dritter davon ausgegangen, dass die Duftsäckchen als Tee verkauft werden dürften. Der Hanfladen D._____ in Thun sei vor dem Verkauf an ihren neuen Arbeitgeber von B._____ und C._____ geführt worden; sie habe vor der Übernahme des Geschäftes durch ihren neuen Arbeitgeber auch für diese beiden als Verkäuferin gearbeitet. Nach einer polizeilichen Razzia seien B._____ und C._____ in Untersuchungshaft genommen worden. In der Folge habe man die Duftsäckchen nicht mehr im Sortiment gehabt. Die beiden Inhaber hätten den Laden, den sie neben zwei weiteren Hanfgeschäften an anderen Orten führten, anschliessend verkauft, weil es in Thun am meisten Probleme mit der Polizei gegeben habe. Dieser Umstand sei der Beschwerdeführerin bekannt gewesen. Dass die Beschwerdeführerin sich nach der Razzia im Laden von B._____ und C._____ nicht nach den Gründen für die Intervention erkundigte und dieselben Duftsäckchen dann für den neuen Ladeninhaber verkaufte, spreche klar gegen ihren guten Glauben, es handle sich um erlaubte Ware. Daran
könne nichts ändern, dass die Ware als Tee deklariert worden sei. Die Beschwerdeführerin sei sich bewusst gewesen, dass der Preis für das Hanfkraut weit über dem Preis für das üblicherweise als Tee verwendete Kraut gelegen hatte. Daraus habe sie schliessen müssen, dass die Ware von den Käufern überwiegend als Betäubungsmittel konsumiert würde. Die Vorinstanz tut damit dar, dass die Beschwerdeführerin davon ausgehen musste und auch davon ausging, das Hanfkraut vorwiegend als Betäubungsmittel und nicht als Tee und somit als verbotene Ware zu verkaufen. Sie konnte nicht darauf vertrauen, einer legalen Verkaufstätigkeit nachzugehen, zumal sie wusste, das das Hanfkraut als Betäubungsmittel nicht verkauft werden durfte. Indem sie für den neuen Arbeitgeber dennoch 12 kg Hanfkraut verkaufte, nahm sie die mögliche Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf.

Die von der Beschwerdeführerin dagegen gerichteten Vorbringen betreffen die Beweiswürdigung, welche im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nicht angefochten werden kann.

Die Vorinstanz ist von einem zutreffenden Begriff des Eventualvorsatzes ausgegangen und sie bejaht den Eventualvorsatz vor dem Hintergrund der festgestellten Tatsachen zu Recht. Eine Bundesrechtsverletzung liegt nicht vor.
4.3.2 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, nur Gehilfin, nicht aber (Mit-)Täterin gewesen zu sein, ist die Beschwerde unbegründet. Wesentliches Definitionsmerkmal der Gehilfenschaft ist, dass ein Angeschuldigter die tatbestandsmässige Handlung nicht selbst vorgenommen hat. Indem die Beschwerdeführerin die verbotenen Hanfprodukte selbst verkaufte, war sie offensichtlich Täterin.
4.4 Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist damit abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
III. Kosten
5.
Bei diesem Ausgang der Verfahren hat die Beschwerdeführerin die Kosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG, Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3.
Die Gerichtsgebühr von insgesamt Fr. 4'000.– für beide Beschwerden wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Generalprokurator des Kantons Bern und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. Oktober 2002

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: