

SK-Nr. 2008/284

Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Zihlmann (Präsident i.V.), Oberrichter Weber und
Oberrichter Stucki sowie Kammerschreiberin Kummer

mit Zirkulationsbeschluss vom 14. April 2009

in der Strafsache gegen

A.

vertreten durch Rechtsanwalt X

Angeschuldigter

wegen Betruges

Generalprokuratur des Kantons Bern, [...]

Appellantin

1. **B.**

Privatkläger/Appellant 1

2. **C.**

Privatklägerin/Appellantin 2

Regeste:

Der telefonisch veranlasste Beizug von Zivilakten für ein laufendes Ermittlungsverfahren durch den Untersuchungsrichter ist als verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlung der Strafverfolgungsbehörde zu werten.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Am 16. Februar 2004 erstattete die Privatklägerschaft Strafanzeige gegen A. Am 2. März 2004 edierte der Untersuchungsrichter telefonisch Zivilakten betreffend eines Verfahrens zwischen dem Angeschuldigten und den Privatklägern. Am 22. Oktober 2007 eröffnete der

Untersuchungsrichter die Strafverfolgung gegen A. Am 9. Juli 2008 wurde dem Strafverfahren gegen A. durch den Gerichtspräsidenten wegen Eintritts der Verfolgungsverjährung keine weitere Folge gegeben. Dagegen appellierten sowohl die Privatklägerschaft als auch die Generalprokuratur. Die Kammer hatte zu beurteilen, ob die telefonische Anforderung der Zivilakten beim gleichen Gerichtskreis durch den Untersuchungsrichter eine verjährungsunterbrechende Handlung darstellt.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

II. MATERIELLES

[...]

B. Die Generalprokuratur

Der stellvertretende Generalprokurator begründet in seinem Parteivortrag vom 18. September 2008 seinen Antrag folgendermassen:

„Die vom Gericht im Zwischenentscheid vertretene Auffassung, der Beizug der Zivilakten stelle keine förmliche Prozessvorkehr der Strafverfolgungsbehörde dar (pag. 441), wird aus folgenden Überlegungen vollumfänglich bestritten: Anders als der erstinstanzliche Richter bin ich der Auffassung, die Strafsache sei noch nicht verjährt. Unbestritten ist, dass die altrechtlichen Verjährungsvorschriften als milderer Recht zur Anwendung gelangen. Zu prüfen ist, ob die relative Verjährung im Sinne von Art. 72 Ziff. 2 aStGB rechtzeitig unterbrochen wurde. Indem der Untersuchungsrichter am 2. März 2004 (Eingang der edierten Gerichtsakten beim Untersuchungsrichteramt, pag. 257) beim Gerichtskreis XII Frutigen-Niedersimmental die Zivilakten in der Rechtsöffnungssache zwischen Strafanzeiger und Angeschuldigtem edierte, wurde die laufende Verjährung unterbrochen, und die Frist begann von Neuem zu laufen. Dass die Aktenedition telefonisch erfolgte, änderte nichts daran, umso mehr, als die Aktenedition aktenkundig gemacht wurde (pag. 257).

Mit der Aktenedition begann die Ermittlungstätigkeit des Untersuchungsrichters. Der Aktenedition ging eine Strafanzeige von Privaten aus. In der Folge wurde die Polizei im Sinne von Art. 199 Abs. 3 StrV mit näheren Abklärungen beauftragt (pag. 43 ff.). Indem die

Zivilakten ediert und Bestandteil der Strafakten wurden, trat die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörde nach aussen in Erscheinung. Und indem die edierten Zivilakten im weiteren Verfahren als Beweismittel Verwendung fanden, dienten sie auch dem Fortgang des Verfahrens (vgl. dazu BGE 126 IV 5 E. 1b, 90 IV 62 E. 1 mit Hinweisen). Dem Fortgang des Verfahrens dienen auch Tätigkeiten der Strafverfolgungsbehörden vor Eröffnung der eigentlichen Strafuntersuchung. Tätigkeiten im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens beziehungsweise in einem Verfahren im Sinne von Art. 199 Abs. 3 StrV müssen als so genannte Untersuchungshandlungen genügen. In einem Entscheid vom 1. Dezember 1947 sah sich das Bundesgericht mit einer ähnlichen Fragestellung konfrontiert (BGE 73 IV 258). Es ging damals zwar um ein Zollvergehen, aber die Verjährungsvorschriften entsprechen denjenigen von Art. 72 Ziff. 2 aStGB. Konkret ging es darum, ob dem durch den Referenten des Bezirksgerichtes Zürich verfügten Beizug der Clearing-Strafakten eine die Verjährung unterbrechende Wirkung zuerkannt werden konnte. Das Bundesgericht hielt in diesem Entscheid wörtlich fest:

„Es geht ... nicht an, wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt, in jeder Beschäftigung der Strafbehörden mit dem Prozesse, z.B. im Studium der Akten oder im Nachschlagen von Präjudizien, eine Verfolgungshandlung zu erblicken. Erforderlich ist vielmehr eine den Prozess fördernde Handlung, die nach aussen in Erscheinung tritt. Diese Voraussetzung erfüllt aber die Erhebung von Akten eines anderen Prozesses, die für das hängige Verfahren von Bedeutung ist oder von Bedeutung sein können. Der Richter darf die Akten freilich nicht bloss persönlich einsehen, wie er etwa juristische Werke konsultiert. Er muss sie als förmliche Prozessvorkehr beiziehen und sie vorübergehend oder bis zur Beendigung des Verfahrens dem Prozesse einverleiben. Ob er die Akten im Archiv des eigenen oder eines fremden Gerichts erhebt, ist belanglos. Massgebend ist allein, dass der Beizug von dem beim Richter hängigen Verfahren ausgesehen nach aussen in Erscheinung tritt. Dass ihn der Täter spüre, wie der Beschwerdeführer es haben will, ist nicht notwendig. Dieser wird auch durch behördliche Handlungen verfolgt, die ohne sein Wissen und ohne seine Beteiligung vorgenommen werden, von denen er also vorläufig nichts vermerkt, sofern nur das Verfahren dadurch wieder um einen Schritt weitergeführt wird.“

Im Widerspruch zu der Auffassung der Vorinstanz kommt der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden nicht erst im Zeitpunkt, in dem der Angeschuldigte Kenntnis von der Strafanzeige oder von der angeordneten Verfolgungshandlung erhält, Aussenwirkung zu. Ebenso wenig ist es nötig, dass ihm rechtliches Gehör eingeräumt wird (pag. 443). Art. 72 Ziff. 2 aStGB nennt ausdrücklich als verjährungsunterbrechende Handlung den Erlass eines Haftbefehls. Dass die Verjährungsunterbrechung erst mit der Kenntnisnahme durch den Angeschuldigten oder allenfalls gar nachdem ihm das rechtliche Gehör eingeräumt

worden wäre, eintritt, ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen und wird auch von der Praxis nicht verlangt. Im vorliegenden Fall muss es deshalb genügen, dass der Untersuchungsrichter die Zivilakten eingeholt und als Grundlage für weitere Ermittlungen verwendet hat. Der vorinstanzliche Entscheid ist deshalb aufzuheben und zur materiellen Behandlung zurückzuweisen. Wird dem Antrag auf Kassation stattgegeben, kann das Verfahren an der Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises XII Frutigen-Niedersimmental zurückgewiesen werden, da er in der Sache noch nicht entschieden hat.“

C. Appellationsbegründung der Privatkläger

Zusammengefasst macht Dr. A. _____ als Vertreter der Privatklägerschaft in seiner Appellationsbegründung vom 25. September 2008 geltend, dass die Frage der Verjährung nach dem alten Recht als *lex mitior* zu beurteilen sei. Dessen Art. 72 Ziff. 2 aStGB besage, dass die Verjährung durch Untersuchungshandlungen einer Strafverfolgungsbehörde unterbrochen werde. Eine solche Untersuchungshandlung stelle nach der Praxis des Bundesgerichtes und der Lehre auch die Beiziehung von Akten aus einem anderen Verfahren dar. Obschon vorliegend das Untersuchungsrichteramt IV am 2. März 2004 die Zivilakten Z 99 432 ediert habe, sei der mit der Sache befasste Gerichtspräsident zum Schluss gekommen, dass dadurch keine die Verjährung unterbrechende Untersuchungshandlung gesetzt worden sei, weil es an einer förmlichen Prozessvorkehr mangle und der Beizug der Akten nicht nach aussen in Erscheinung getreten sei. Dem widersprechen die Privatkläger mit dem Hinweis auf die Haltung des Bundesgerichtes in dieser Frage, das dazu festhält, dass für eine Unterbrechung der Verjährung eine den Prozess fördernde Handlung erforderlich sei, die nach aussen in Erscheinung tritt. Dies sei vorliegend der Fall gewesen, zumal die edierten Zivilakten im weiteren Verfahren als Beweismittel dienten und so den Prozess förderten. Auch sei die Edition aktenkundig gemacht worden und so nach aussen erkennbar gewesen; in welcher Form dies gemacht worden sei, sei unerheblich.

D. Kassation

1. Aufgrund der Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheids ist vorliegend einzig zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid an wesentlichen Verfahrensmängeln leidet, welche einen Kassationsgrund im Sinne von Art. 360 StrV darstellen.

2. Bestehen wesentliche Verfahrensmängel, die in oberer Instanz nicht behoben werden können, urteilt die Appellationsinstanz ausnahmsweise nicht in der Sache selbst, sondern hebt das erstinstanzliche Urteil und allenfalls das vorausgegangene Verfahren auf und weist den Fall zu neuer Behandlung und Beurteilung an die erste Instanz eines anderen Kreises zurück. Wenn davon keine Nachteile zu erwarten sind, ist die Rückweisung an das Gericht zulässig, dass in erster Instanz geurteilt hat. Die Appellationsinstanz bestimmt, welche Teile des erstinstanzlichen Verfahrens aufgehoben werden und welche Akten allenfalls aus dem Aktenheft zu entfernen sind. Die Erwägungen der Appellationsinstanz sind für das Gericht massgebend, an das der Fall zurückgewiesen wird. Für das neue Urteil gilt Art. 358 StrV entsprechend (Art. 360 StrV).

Das Institut der Kassation gründet im Gedanken, dass in erster Instanz verletzte wesentliche Verfahrensvorschriften in oberer Instanz nicht 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. MAURER, Das bernische Strafverfahren, Bern 1999, S. 515).

Zur Kassation kommt es nicht wegen jedem geringfügigen Verfahrensfehler. Es muss sich um wesentliche Mängel handeln, die vor oberer Instanz nicht behoben werden können. In der Regel führen nur für das Urteil kausale Prozessrechtsverletzungen zur Kassation. So genannte absolute Kassationsgründe sind dagegen die sich aus Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 EMRK ergebenden formellen Ansprüche auf rechtliches Gehör und die sich daraus ergebenden prozessualen Rechte wie Teilnahme am Beweisverfahren, Stellung von Beweisanträgen, Akteneinsicht, Beizug eines Verteidigers oder Recht auf Begründung eines Entscheides. In diesen Fällen braucht die Kausalität nicht mehr näher untersucht zu werden (MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. Auflage, Bern 2003, S. 548).

Vorliegend gilt es zu prüfen, ob der telefonische Beizug der Zivilakten durch den Untersuchungsrichter 4 der Untersuchungsrichteramtes IV Berner Oberland eine verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlung darstellt.

3. Die Kammer teilt die Ansicht des erstinstanzlichen Richters und der Generalprokuratur, dass vorliegend die altrechtlichen Verjährungsvorschriften zur Anwendung gelangen.

Zur Frage, ob die getätigte telefonische Aktenedition des Untersuchungsrichters 4 des Untersuchungsrichteramtes IV Berner Oberland eine verjährungsunterbrechende Untersuchungshandlung darstellt, schliesst sich die Kammer den zutreffenden und detaillierten Ausführungen des stellvertretenden Generalprokurators und der Privatklägerschaft an und verweist auf deren Ausführungen (vgl. obenstehend lit. B und C).

Die Verjährung ist demnach vorliegend nicht eingetreten. Da dem Verfahren in Folge der Bejahung der Verjährung vor erster Instanz fälschlicherweise keine weitere Folge gegeben wurde und infolge dessen nicht materiell entschieden wurde, liegt ein wesentlicher und vor oberer Instanz nicht zu behebender Verfahrensmangel im Sinne von Art. 360 StrV und somit ein Kassationsgrund vor. Der Entscheid des Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises XII Frutigen-Niedersimmental vom 9. Juli 2008 ist somit aufzuheben und zurückzuweisen.

Da in der Sache selbst kein materielles Urteil ergangen ist, sind keine Nachteile zu erwarten, wenn die Angelegenheit zu neuer Behandlung und Beurteilung an den Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises XII Frutigen-Niedersimmental zurückgewiesen wird.

Die vorliegende Kassation erfordert keine Entfernung von Akten aus dem Aktenheft.

[...]