

Hochschulstrasse 17
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Urteil

SK 15 393

Bern, 29. August 2016

Besetzung

Oberrichterin Hubschmid (Präsidentin i.V.), Oberrichter Zihlmann,
Oberrichter Vicari
Gerichtsschreiberin Hiltbrunner

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt C. _____
Beschuldigter/Berufungsführer

gegen



Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250, 3001 Bern

und

IV-Stelle Kanton Bern, Scheibenstrasse 70, 3001 Bern
Strafklägerin

Gegenstand

versuchte Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die AHV

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Emmental-
Oberraargau (Einzelgericht) vom 19.02.2015 (PEN 2014 96)

Erwägungen:

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau (Einzelgericht) vom 19. Februar 2015 wurde A._____ (nachfolgend: Beschuldigter) freigesprochen von der Anschuldigung der versuchten Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10), angeblich begangen in der Zeit vom 1. Dezember 2008 bis 29. Mai 2011. Gleichzeitig wurde er der versuchten Widerhandlung gegen das AHVG schuldig erklärt, begangen in der Zeit vom 30. Mai 2011 bis 7. November 2012. Er wurde hierfür verurteilt zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen à CHF 70.00, ausmachend total CHF 6'300.00. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Weiter wurde der Beschuldigte verurteilt zu einer Verbindungsbusse von CHF 1'400.00, unter Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung auf 20 Tage, sowie den Verfahrenskosten von CHF 3'520.00 (pag. 448 ff.).

2. Berufung

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte, vertreten durch Rechtsanwalt C._____, mit Schreiben vom 26. Februar 2015 Berufung an (pag. 452). Nach Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung reichte der Beschuldigte am 18. Januar 2016 frist- und formgerecht die Berufungserklärung ein (pag. 523 ff.). Er beschränkte die Berufung auf den Schuldspruch des Beschuldigten gemäss Ziffer II des angefochtenen Urteils. Mit Schreiben vom 28. Januar 2016 teilte die Generalstaatsanwaltschaft mit, dass sie auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtet (pag. 534). Die IV-Stelle des Kanton Bern (nachfolgend: Straflägerin) erklärte mit Schreiben vom 8. Februar 2016, sie verzichte auf eine Anschlussberufung und beantrage kein Nichteintreten auf die Berufung (pag. 536). Am 29. August 2016 fand in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers die oberinstanzliche Verhandlung statt (pag. 568 ff.).

3. Anträge der Parteien

Rechtsanwalt C._____ stellte und begründete im Rahmen der oberinstanzlichen Verhandlung namens des Beschuldigten folgende Anträge:

1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Dem Beschuldigten sei für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung (zuzüglich 8% MwSt.) von CHF 14'769.00 (MwSt. inbegriffen) zuzusprechen.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
5. Dem Beschuldigten sei für das Berufungsverfahren eine angemessene noch zu beziffernde Prozessentschädigung (zuzüglich 8 % MwSt.) zuzusprechen.

4. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer

Der Rechtsmittelinstanz kommt im Berufungsverfahren volle Kognition zu. Sie hat das erstinstanzliche Urteil im Rahmen der angefochtenen Punkte umfassend zu überprüfen (Art.

398 Abs. 2 der Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Aufgrund der alleinigen beschränkten Berufung des Beschuldigten ist das erstinstanzliche Urteil nur bezüglich des Schuldspruchs der versuchten Widerhandlung gegen das AHVG im Zeitraum vom 30. Mai 2011 bis am 7. November 2012 zu überprüfen. Ansonsten ist das erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen. Da die Berufung nur zu Gunsten des Beschuldigten ergriffen wurde, ist die Kammer an das Verschlechterungsverbot nach Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden.

5. Oberinstanzliche Beweisergänzungen

Der Beschuldigte stellte in seiner Berufungserklärung die Beweisanträge, es sei Dr. D._____ als Zeuge einzuvernehmen und es sei die Honorarnote vom 21. April 2015 als Beweismittel zu den Akten zu nehmen (pag. 524). Mit Verfügung vom 14. März 2016 hiess die Verfahrensleitung den Beweisantrag, die Honorarnote vom 21. April 2015 als Beweismittel zu den Akten zu nehmen gut und wies den Antrag zur Zeugeneinvernahme von Dr. D._____ ab (pag. 545 f.).

Von Amtes wegen wurden oberinstanzlich im Sinne einer Beweisergänzung ein aktueller Strafregisterauszug (pag. 566), ein aktueller Leumundsbericht (pag. 601 ff.) und ein aktueller Bericht über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten (pag. 605 f.) eingeholt.

6. Anklagegrundsatz

Entschliesst sich die Staatsanwaltschaft nach einer Einsprache, am Strafbefehl festzuhalten, überweist sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens. Der Strafbefehl gilt als Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 StPO).

Nach dem Anklagegrundsatz (Art. 9 Abs. 1 StPO) bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens und dient der Information der beschuldigten Person (Umgrenzungs- und Informationsfunktion). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind (BGE 140 IV 188 E. 1.3. mit Hinweis). Die Anklageschrift bezeichnet u.a. möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung (Art. 325 Abs. 1 Bst. f StPO). Die Fixierung des Anklagesachverhalts dient zunächst einmal der Umsetzung des Anklagegrundsatzes, indem dadurch der Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung abschliessend bestimmt und der beschuldigten Person eine effektive Verteidigung gewährleistet wird. Eine möglichst genaue und umfassende Umschreibung des massgeblichen Sachverhalts ist im Strafbefehl aber auch wegen des Verbots der doppelten Strafverfolgung ("ne bis in idem", Art. 11 StPO) erforderlich. Erwächst der Strafbefehl in Rechtskraft, muss anhand des darin festgehaltenen Anklagesachverhalts geprüft werden können, ob eine bereits beurteilte Strafsache vorliegt (BGE 140 IV 188 E. 1.4).

Der Strafbefehl gegen den Beschuldigten vom 5. Februar 2014 lautet folgendermassen:

Der Beschuldigte hat gegenüber der Invalidenversicherung (und gegenüber Ärzten) unwahre Angaben (angeblich bestehende gesundheitliche Beeinträchtigung) gemacht, in der Absicht, von der Invalidenversicherung Leistungen (Rente) zu erhalten.

Der Vorwurf bezog sich auf den Deliktszeitraum von Dezember 2008 bis 7. November 2012. Für den zur Beurteilung stehenden Deliktszeitraum wurden keine konkreten Hand-

lungen bzw. ein konkretes Unterlassen im Strafbefehl aufgeführt. Die Kammer zweifelt daher an der Wahrung des Anklagegrundsatzes. Bei Verletzung des Anklagegrundsatzes wäre die Anklage grundsätzlich zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen (Art. 329 Abs. 2 i.V.m. Art. 379 StPO). Eine abschliessende Prüfung dieser Frage kann aus prozessökonomischen Gründen jedoch unterbleiben. Denn selbst bei Annahme einer genügenden Anklage hat im vorliegenden Fall, wie den nachfolgenden Ausführungen zu entnehmen ist, ein Freispruch zu erfolgen.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung

7. Ausgangslage

Das Rahmengeschehen ist vorliegend unbestritten. Für dessen genaue Beschreibung kann vorab auf die Urteilsbegründung der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 464-468 = S. 9-13 der Urteilsbegründung). Verständnishaft ist der unbestrittene Sachverhalt vorliegend dennoch nochmals verkürzt festzuhalten.

Der Beschuldigte erlitt am 23. Dezember 2007 einen Autounfall. Die Suva eröffnete ein Verfahren, im Rahmen dessen verschiedene medizinische Abklärungen getätigt wurden. Ein Jahr später, am 18. Dezember 2008, reichte der Beschuldigte auf Anstoss der Suva hin ein IV-Gesuch ein, indem er eine Wiedereinschulung in die bisherige Tätigkeit sowie eine Rente beantragte (IV-Akten, Dok. 1). Die Strafklägerin holte verschiedene medizinische Berichte ein und wies das Gesuch des Beschuldigten schliesslich mit Verfügung vom 18. Januar 2010 ab, da keine objektiven Befunde, aus denen eine bleibende Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit abzuleiten wäre, erhoben werden konnten (IV Akten, Dok. 42). Gegen den negativen Bescheid erhob der Beschuldigte Beschwerde am Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Dieses hiess die Beschwerde am 10. August 2010 gut und ordnete an, es sei eine stationäre Verhaltensbeobachtung durchzuführen, anlässlich derer in erster Linie zu klären sei, in welchem Umfang das aus subjektiver Sicht fixierte Leiden des Beschuldigten auf Aggravation zurückzuführen sei bzw. welche Bedeutung – insbesondere für die Arbeits- und Leistungsfähigkeit – einem allfälligen psychiatrischen Leiden, kodiert nach den Diagnosekriterien gemäss ICD-10, zukomme (pag. 243). Noch vor Ergehen des Urteils des Verwaltungsgerichts absolvierte der Beschuldigte vom 7. Mai bis 18. Juni 2010 auf Zuweisung seines Psychiaters, Dr. med. D._____, einen stationären Aufenthalt in der Klinik E._____. Sein Rechtsanwalt übermittelte der Strafklägerin mit Schreiben vom 27. August 2010 den Bericht der Klinik E._____ vom 2. Juli 2010 und wies unter anderem auf die durch die Behandlung erzielten Fortschritte des Beschuldigten hin (IV-Akten, Dok. 54). Nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts holte die Strafklägerin einen Bericht beim Regionalen ärztlichen Dienst (RAD) ein (pag. 106 ff.). Der Rechtsanwalt des Beschuldigten teilte der Strafklägerin mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 mit, die stationäre Begutachtung sei durchzuführen. Ausserdem gehe es dem Beschuldigten besser, er denke an einen Arbeitsversuch und Eingliederungsmassnahmen seien sofort zu prüfen (pag. 218 f.). Da seitens der Strafklägerin nichts weiter unternommen wurde, forderte der Rechtsanwalt des Beschuldigten diese mit Schreiben vom 26. Januar 2011 nochmals zur Tätigkeit auf (pag. 222). Am 25. Februar 2011 erhielt die Strafklägerin ein Schreiben von der Privatklinik F._____ in B._____, worin diese die Durchführung einer stationären Verhaltensbeobachtung des Beschuldigten ablehnte (pag. 225). Im Zeitraum vom 15. Fe-

bruar bis 13. Mai 2011 liess die Strafkägerin in drei Etappen eine verdeckte Beobachtung des Beschuldigten durchführen (Beweissicherung vor Ort [BvO]; pag. 109 ff.). Der Beschuldigte wurde anlässlich der BvO dabei beobachtet, wie er häufig alleine über längere Strecken Auto fuhr und oft eine Baustelle in Biberist aufsuchte. Gemäss BvO-Bericht diskutierte er auf der Baustelle mit Bauarbeitern und gab diesen Anweisungen. Weiter hielt der Bericht fest, es seien weder psychische Probleme in Form von Barrieren oder Kontaktängsten noch physische Probleme festgestellt worden. Der Beschuldigte habe problemlos in die Knie gehen und sich bücken können. Am 30. Mai 2011 führte die Strafkägerin mit dem Beschuldigten ein Verlaufsgespräch durch (pag. 127 ff.). Dabei wurde der Beschuldigte in einem ersten Teil in Unkenntnis der vorgenommenen verdeckten Beobachtung befragt und in einem zweiten Teil mit den Erkenntnissen aus der BvO konfrontiert. Danach fand am 30. Juni 2011 eine Untersuchung des Beschuldigten beim RAD statt (pag. 136 ff.). Nach Einsprache des Beschuldigten gegen den negativen Vorbescheid der Strafkägerin vom 23. November 2011 holte diese erneut einen Bericht beim RAD ein (pag. 141 ff.) und wies das IV-Gesuch des Beschuldigten schliesslich mit Verfügung vom 20. März 2012 zum zweiten Mal ab (pag. 147 ff.). Die dagegen erhobene Beschwerde des Beschuldigten wurde vom Verwaltungsgericht mit Urteil vom 7. November 2012 abgewiesen (pag. 152 ff.). Das Urteil erwuchs mangels Anfechtung in Rechtskraft. Der Beschuldigte hat nie IV-Leistungen bezogen.

Die Vorinstanz nahm eine umfassende Beweiswürdigung vor (pag. 470 ff. = S. 15 ff. der Urteilsbegründung). Sie würdigte die zahlreichen medizinischen Berichte und kam zum Schluss, dass der Beschuldigte in einer Anfangsphase nach dem Unfall vom 23. Dezember 2007, die zeitlich nicht genau definiert werden könne, tatsächlich an gesundheitlichen Beschwerden gelitten habe. Entsprechend fehle ein rechtsgenügender Beweis dafür, dass der Beschuldigte von Anfang an absichtlich unwahre Angaben über seinen Gesundheitszustand gemacht, namentlich simuliert oder aggraviert, habe. Für den vom Strafbefehl mitumfassten Zeitraum von Dezember 2008 bis und mit dem 29. Mai 2011 (Vortrag des Verlaufsgespräch) sei kein strafbares Verhalten des Beschuldigten auszumachen (pag. 498 = S. 43 der Urteilsbegründung). Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten dementsprechend für diesen Zeitraum frei. Da dieser Teilfreispruch unangefochten blieb, ist vorliegend ein allfälliges strafbares Verhalten des Beschuldigten im Zeitraum vom 30. Mai 2011 bis am 7. November 2012 zu beurteilen. Die Sachverhaltsfeststellung und die Beweiswürdigung sind daher ebenfalls soweit möglich auf diesen Zeitraum bzw. auf die für diesen Zeitraum relevanten Beweismittel zu beschränken.

8. Beweisergebnis der Vorinstanz

Die Vorinstanz ging davon aus, dass es dem Beschuldigten spätestens im Zeitraum der BvO, d.h. von Februar bis Mai 2011, deutlich besser ging als in der Anfangsphase. Der Beschuldigte habe die Strafkägerin am Verlaufsgespräch vom 30. Mai 2011 absichtlich nicht offen, sondern nur unvollständig und nicht in ausreichendem Masse über seinen aktuellen Gesundheitszustand bzw. seine wahren Betätigungsmöglichkeiten informiert. Anlässlich des ersten Teils des Verlaufsgesprächs vom 30. Mai 2011 habe er seine Tätigkeiten auf der Baustelle in Biberist mit keinem Wort erwähnt. Die Aussagen des Beschuldigten zu seinem Gesundheitszustand und seinem Tagesablauf würden den anlässlich der BvO gemachten Beobachtungen diametral widersprechen, aus denen deutlich erkennbar sei, dass der Beschuldigte fähig sei, sich dem normalen Lebensalltag zu stellen. Erst im

zweiten Teil des Gesprächs habe der Beschuldigte auf entsprechende Vorhalte die gemachten Beobachtungen zugegeben und den Bericht von Dr. med. D._____ bezüglich eines Arbeitsversuches eingereicht.

Der Beschuldigte habe der Strafklägerin gegenüber anlässlich des Gesprächs vom 30. Mai 2011 absichtlich unwahre bzw. zumindest unvollständige Angaben über seinen Gesundheitszustand und seine Betätigungsmöglichkeiten gemacht, um eine ihm nicht zustehende Versicherungsleistung zu erwirken. In der Folge habe der Beschuldigte weiterhin an seinem IV-Gesuch festgehalten. Er habe die Angaben zu seinem Gesundheitszustand auch in der abschliessenden Untersuchung durch Dr. med. G._____ vom 30. Juni 2011 aufrechterhalten. Schliesslich habe er den abschlägigen Entscheid der IV vom 20. März 2012 ein zweites Mal an das Verwaltungsgericht weitergezogen. Er habe auch vor dieser Instanz noch an den gestellten Leistungsbegehren festgehalten, bis das Verwaltungsgericht die Beschwerde abgewiesen habe (pag. 499 f. = S. 44 f. der Urteilsbegründung).

9. Vorbringen des Beschuldigten

Der Verteidiger des Beschuldigten brachte in seinem Plädoyer vor der ersten Strafkammer unter anderem Folgendes vor:

Aus den Akten gehe unmissverständlich hervor, dass die Strafklägerin, die Fallverantwortliche, Dr. G._____ und Dr. H._____ vom RAD in diesem Fall von allem Anfang an eine klare Meinung gehabt hätten, welche offensichtlich mit der Polarisierung der verschiedenen Seiten bei sogenannten Schleudertraumafällen in Zusammenhang stehe. Sie seien daher nicht unvoreingenommen gewesen. Wenn der Beschuldigte sich weiterhin an die Auffassung halte, welche seinen subjektiven Wahrnehmungen entspreche und dies weiterhin so äusserte, so könne das nicht strafbar sein (pag. 574 f.).

Bezüglich der mit der BvO erfassten Tätigkeit des Beschuldigten auf der Baustelle stehe fest, dass es keinen Arbeitsvertrag gegeben habe, welcher den Beschuldigten zu einer Arbeitsleistung gegen Entgelt verpflichtet habe. Er habe auch kein Entgelt erhalten. Der Beschuldigte sei während mehrerer Tage der Beobachtungszeit nicht auf der fraglichen Baustelle gewesen. An den übrigen erfassten Tagen sei eine Aktivität bei der Baustelle oder im Zusammenhang damit beobachtet worden. Allerdings sei er total nur 11,25 Stunden an acht Tagen dort tätig gewesen, was durchschnittlich 1,4 Stunden pro Tag an acht Tagen verteilt über drei Monate ergebe. Pro Monat seien das circa 3,7 Stunden verteilt auf ca. drei Tage. Das Ganze habe sich im Rahmen eines «Schnupperns» mit geringfügigen Aktivitäten abgespielt. Der Beschuldigte habe keinerlei berufliche Qualifikationen für eine beratende Tätigkeit im Zusammenhang mit Bauprojekten. Auch subjektiv habe der Beschuldigte nicht den Eindruck gehabt eine Erwerbstätigkeit auszuführen. Die geringe Aktivität habe inhaltlich zu weit von seiner effektiven beruflichen Tätigkeit weg gelegen und die körperliche Belastung im Vergleich dazu sei zu gering gewesen.

Am Verlaufsgespräch vom 30. Mai 2011 habe der Beschuldigte Fragen zum Thema Gesundheitszustand beantwortet. Die Verneinung einer Erwerbstätigkeit oder erwerbsähnlichen Tätigkeit durch den Beschuldigten sei korrekt gewesen. Es sei sodann abwegig, davon auszugehen, der Beschuldigte habe mit der Vorlage des Arztberichts von Dr. med. D._____ zum Arbeitsversuch für den Fall, dass er «entdeckt» würde, zugewartet. Dr. D._____ sei bereits am 21. Januar 2011 um die Beantwortung der gestellten Fragen gebeten worden, weshalb es schon an einem zeitlichen Zusammenhang fehle.

Der Beschuldigte habe die IV bereits im Dezember 2010 aufgefordert, Eingliederungsmassnahmen vorzunehmen. Danach habe er erfahren müssen, dass nichts gemacht wurde. Er habe die Gelegenheit genutzt, um einem Freund zu helfen. Es bestehe kein Widerspruch zwischen Hilfsbereitschaft und Nutzung der Gelegenheit, um etwas Geringes zu tun, weil man sich besser fühle und sowieso aus eigener Initiative einen Arbeitsversuch im Umfang von 50 Prozent anstrebe.

10. Beweiswürdigung der Kammer

10.1 Vorgehen der Strafklägerin

Nachdem die Vorgaben des Verwaltungsgerichtsurteils vom 10. August 2010 noch nicht umgesetzt worden waren, wandte sich der Rechtsanwalt des Beschuldigten mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 an die Strafklägerin. Darin verlangte er einerseits die Durchführung der angeordneten stationären Verhaltensbeobachtung und schrieb andererseits (pag. 218):

(...) Weiter weise ich darauf hin, dass sich beim stationären Aufenthalt eine gewisse Verbesserung des Beschwerdebildes ergeben hat. Meines Erachtens sind daher auch die Eingliederungsmassnahmen sofort zu prüfen. Mein Klient macht sich selbst Gedanken über einen Arbeitsversuch und eine entsprechende Unterstützung ist sicherlich von Nutzen.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann nicht gesagt werden, es sei lediglich beiläufig auf den Wunsch des Beschuldigten, einen Arbeitsversuch zu machen, hingewiesen worden. Eine Reaktion der Strafklägerin auf dieses Schreiben ist nicht aktenkundig. Es liegt jedoch ein weiteres Schreiben des Rechtsanwalts vom 26. Januar 2011 vor, in dem dieser vorbrachte, von der Strafklägerin keine Antwort erhalten zu haben (pag. 222). Am 21. Januar 2011 wandte sich Rechtsanwalt C._____ an den behandelnden Psychiater des Beschuldigten, Dr. med. D._____ und übermittelte ihm einen Fragenkatalog zum Thema eines Arbeitsversuches (pag. 220 f.). Erst mit Schreiben vom 7. Februar 2011 wurde die Strafklägerin tätig und stellte eine Untersuchung bei Dr. med. I._____ an der Privatklinik F._____ in Aussicht (pag. 224). Auf die gemeldete Verbesserung des Gesundheitszustandes und den Wunsch des Beschuldigten nach einem Arbeitsversuch ging sie nicht ein. Am 25. Februar 2011 schrieb Dr. I._____, er könne keine stationäre Begutachtung durchführen (pag. 225). Bereits zuvor, ab dem 15. Februar 2011, wurde allerdings die Observation des Beschuldigten (BvO) durchgeführt. Noch mit Schreiben vom 18. Mai 2011 schrieb die Strafklägerin an Rechtsanwalt C._____, die Suche nach einer geeigneten Begutachterstelle laufe noch (pag. 280).

Das Vorgehen der Strafklägerin ist für die Kammer nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Auf den Wunsch des Beschuldigten nach Eingliederungsmassnahmen reagierte sie nicht, sondern liess ihn im Glauben, er werde demnächst stationär begutachtet, um herauszufinden, ob er allenfalls aggraviert oder simuliert. Stattdessen liess sie eine Observation durchführen. Die Gründe dieses Vorgehens sind im vorliegenden Strafverfahren jedoch nicht zu eruieren. Relevant ist einzig, dass der Beschuldigte gegenüber der Strafklägerin einen verbesserten Gesundheitszustand und den Wunsch nach Eingliederungsmassnahmen kundtat.

10.2 Zum Arbeitsversuch

Der Beschuldigte respektive sein Anwalt, bemühte sich selbst um die Abklärung, inwiefern er wieder arbeitsfähig sei. So wandte er sich zuerst an seinen Psychiater, Dr. med. D._____ und danach an seinen Hausarzt, Dr. med. J._____. Dr. D._____ schrieb am 8. Mai 2011, aus rein psychiatrischer Sicht sei ein behinderungs-angepasster Arbeitsversuch erwünscht, wobei das Pensum anfänglich bei etwa 50 Prozent angesetzt werden solle. Das Belastungsprofil sei mit dem behandelnden Hausarzt abzusprechen (pag. 247 f.). Mit Schreiben vom 1. Juni 2011 gelangte Rechtsanwalt C._____ dann an Dr. J._____. Dieser gab eine theoretische Beurteilung der Belastbarkeit des Beschuldigten ab. Er riet zu einer leichten körperlichen Tätigkeit und schätzte die Arbeitsfähigkeit auf 50 Prozent ein (pag. 271).

Zwar handelt es sich bei den Äusserungen von Dr. D._____ und Dr. J._____ nicht um eingehende medizinische Berichte, da die Erkenntnisse nicht begründet wurden. Dennoch können sie bei der Beweiswürdigung nicht ausser Acht gelassen werden, da sie die Besserung, die der Beschuldigte auch der Strafklägerin gemeldet hatte, bestätigen. Beweiswürdigend ist festzuhalten, dass die Bemühungen des Beschuldigten, mit Einverständnis seiner Ärzte einen Arbeitsversuch zu starten, deutlich gegen ein Vortäuschen von gesundheitlichen Beschwerden sprechen.

10.3 Erkenntnisse aus der BvO

Aus dem BvO-Bericht geht hervor, es habe festgestellt werden können, wie der Beschuldigte regelmässig auch längere Strecken mit seinem Personenwagen gefahren sei. Er habe sich über Stunden hinweg auf einer Baustelle aufgehalten und sich dort mit diversen Bauarbeitern unterhalten und diesen Anweisungen gegeben (pag. 109). Er habe sich ohne Einschränkung bewegen, problemlos in die Knie gehen und sich bücken können. Physische oder psychische Barrieren oder Kontaktängste habe er keine gezeigt (pag. 110). Die einzelnen Beobachtungen im Zusammenhang mit der Baustelle sind an dieser Stelle kurz darzulegen:

Mittwoch, 23. Februar 2011:	Von 13:18 Uhr bis 14:42 Uhr ist der Beschuldigte bei der Renovationsliegenschaft. Er hält Pläne und einen Meter in den Händen und geht mit zwei Männern ums und ins Haus (pag. 113 f.).
Dienstag, 12. April 2011:	Von 13:20 Uhr bis 18:00 Uhr ist der Beschuldigte auf der Baustelle, aber auch im Restaurant neben an. Er unterhält sich mit Bauleuten, misst auf der Baustelle die Tiefe eines Grabens, wobei er sich bücken muss (pag. 118 f.).
Mittwoch, 13. April 2011:	Von 14:37 Uhr bis 16:30 Uhr wird der Beschuldigte auf der Baustelle beobachtet. Es ist offensichtlich, dass eine Baubesichtigung und -besprechung stattfindet. Der Beschuldigte gestikuliert, redet und macht mit einem Meter Messungen (pag. 119 f.).
Donnerstag, 14. April 2011:	Ab 14:02 Uhr macht der Beschuldigte Einkäufe für die Baustelle. Von 15:06 Uhr bis 15:44 Uhr ist er dort, un-

- terhält sich mit Bauarbeitern und gibt Anweisungen (pag. 120).
- Donnerstag, 5. Mai 2011: Ab 15:00 Uhr ist der Beschuldigte auf der Baustelle. Er geht mit einer Begleiterin in die Plättliabteilung des Baubedarfs K._____ und kommt danach wieder auf die Baustelle zurück. Der Beobachter kann beim Beschuldigten keinerlei Beschwerde feststellen. Er merkt an, dass der Beschuldigte den Arbeitern Anweisungen gab und mit den Angestellten bei der Firma K._____ diskutierte (pag. 121 f.).
- Freitag, 6. Mai 2011: Von 08:25 Uhr bis 10:52 Uhr ist der Beschuldigte auf der Baustelle. Er diskutiert und gibt Anweisungen (pag. 122 f.).
- Mittwoch, 11. Mai 2011: Der Beschuldigte geht um 13:22 Uhr zum Baubedarf K._____. Ab 15:43 Uhr ist er auf der Baustelle, wo er ein angeregtes Gespräch mit einem Mann führt (pag. 124).
- Donnerstag, 12. Mai 2011: Der Beschuldigte geht mittags ins Restaurant neben der Baustelle. Danach raucht er vor der Baustelle eine Zigarette und geht nach Hause (pag. 125).
- Freitag, 13. Mai 2011: Von 08:31 Uhr bis 09:38 Uhr ist der Beschuldigte auf der Baustelle. Er wird gesehen, wie er Anweisungen an Bauarbeiter weitergibt und sich mit einem Mann unterhält (pag. 125 f.).

Es sind sodann die einzelnen Beobachtungen gesamthaft zu würdigen. Der Beschuldigte wurde insgesamt an 19 Tagen beobachtet. Davon wurde er an neun Tagen auf der Baustelle in Biberist oder im Zusammenhang mit dieser beobachtet. Er hielt sich aber jeweils nicht einen ganzen Tag dort auf, sondern während weniger Stunden. Der Beschuldigte wurde beobachtet, wie er mit verschiedenen Personen diskutierte, teilweise Messungen vornahm und Einkäufe erledigte. Körperlich anspruchsvolle Tätigkeiten übernahm er keine.

Der Beschuldigte hatte nie gesagt, er könne nicht mit Leuten reden, einkaufen gehen oder sich nicht bücken. Eine gewisse Besserung hatte er ja im Übrigen der Strafklägerin gemeldet (vgl. oben Ziffer 10.1). Eine solche ging zudem bereits aus dem Bericht der Klinik E._____ vom 2. Juli 2010 hervor, welche der Strafklägerin mit Schreiben des Rechtsanwalts des Beschuldigten vom 27. August 2010 übermittelt wurde (Dok. 54 der IV-Akten). Der Hausarzt des Beschuldigten, Dr. med. J._____, sagte sodann aus, dass es schon vorstellbar sei, dass der Beschuldigte diskutieren und in die Knie gehen können (pag. 338 Z. 34 f.). Dr. D._____ und Dr. J._____ attestierten dem Beschuldigten im Frühling 2011, wie bereits erwähnt, eine Arbeitsfähigkeit von 50 Prozent für leichte Tätigkeiten. Die beobachtete Tätigkeit wäre mit diesem Anforderungsprofil durchaus vereinbar gewesen. Die Strafklägerin war spätestens seit Dezember 2010 über die Besserung und den Wunsch eines Arbeitsversuches informiert, hat selbst aber keine gesundheitlichen Abklärungen vorgenommen. Aus der Feststellung im BvO-Bericht, dass beim Beschuldig-

ten keine körperlichen Einschränkungen beobachtet werden konnten, lässt sich somit nicht schliessen, dass er nicht an den von ihm bei den Ärzten beschriebenen Schmerzen litt.

Der festgestellte Umfang der Tätigkeiten des Beschuldigten im Zusammenhang mit der Baustelle von meist wenigen Stunden pro Tag ist sehr bescheiden. Der Beschuldigte selbst betrachtete seine Tätigkeit in nachvollziehbarer Weise nur als Hilfeleistung (vgl. unten Ziff. 10.4 zum Verlaufsgespräch vom 30. Mai 2011). Er verfügt über keine beruflichen Qualifikationen zur Bauführung. Es wurden denn auch keine Abklärungen mit den Verantwortlichen der Baustelle vorgenommen, woraus sich ergeben hätte, dass ein Arbeitsvertrag oder eine vergleichbare Verpflichtung vorgelegen hätte. Der Beschuldigte sagte aus, er habe keine Entschädigung für seine Hilfe erhalten. Der Hauseigentümer habe ihm einmal das Auto aufgetankt (pag. 423). Eine entschädigte Arbeit ist somit nicht nachweisbar. Die Kammer vermag vor diesem Hintergrund die beobachteten Aktivitäten des Beschuldigten auf der Baustelle nicht als Erwerbstätigkeit einzuordnen.

10.4 Verlaufsgespräch vom 30. Mai 2011

Dem Beschuldigten wurde eingangs des Gesprächs mitgeteilt, es gehe darum, den Gesundheitszustand und die daraus entstehenden Einschränkungen festzuhalten (pag. 127). Der Beschuldigte erschien ohne seinen Anwalt zum Gespräch. Auf Frage, wie es ihm gehe, gab der Beschuldigte an, es sei noch nicht so wie erwünscht. Es gehe zwar ein bisschen besser, aber es sei noch nicht der Normalzustand (pag. 127). Er gab an, wenn es ihm schlecht gehe und er Alpträume habe, sei er total versteift im Nacken und es gehe eine gewisse Zeit bis es sich wieder gelöst habe. Teilweise, wenn es ihm schlecht gehe, bleibe er zu Hause. Wenn es ihm gut gehe, dann gehe er schon hinaus. Er gehe dann mit seiner Frau laufen oder unternehme etwas mit der Familie, das heisse, er gehe mit seiner Frau einkaufen. Er gab auch an, Auto zu fahren, wobei meist nicht weit. Die Frage, ob er einer Erwerbstätigkeit oder erwerbsähnlichen Tätigkeit nachgehe, beantwortete der Beschuldigte mit nein (pag. 128).

Insgesamt hat der Beschuldigte anlässlich des ersten Teils dieses Verlaufsgespräch seine gesundheitlichen Fortschritte zwar zurückhaltend beschrieben, aber keineswegs verschwiegen. Seine Aussagen sind generell knapp und zurückhaltend. Er beantwortete die gestellten Fragen, ohne von sich aus weitere Ausführungen zu machen. Seine Beschreibung der schlechten Phasen können aufgrund der Erkenntnisse aus der BvO nicht als offensichtlich falsch bezeichnet werden. So sagte er, dass er, wenn es ihm gut gehe, schon hinausgehe. Er erwähnte einige Beispiele von Tätigkeiten, nicht jedoch seine Besuche auf der Baustelle in Biberist. Auch erwähnte er nicht, dass er mit dem Auto häufig dort hin fuhr, sagte aber immerhin von sich aus, es könne sein, dass er von L._____ nach Bern (auch eine längere Strecke) fahre (pag. 128). Auch die Tatsache, dass er angab, keine Erwerbstätigkeit oder erwerbsähnliche Tätigkeit auszuüben, kann nicht als Lüge gewertet werden. Denn wie der Beschuldigte später im zweiten Gesprächsteil ausführte, erachtete er selbst seine Tätigkeit auf der Baustelle nicht als Erwerbstätigkeit oder erwerbsähnlich, sondern als Hilfsbereitschaft (pag. 132). Wie bereits erläutert, kann auch aus den Erkenntnissen aus der BvO nicht gefolgert werden, dass er tatsächlich eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hatte. Wie oben festgehalten, nimmt die Kammer daher keine Erwerbstätigkeit an (vgl. Ausführungen oben unter Ziffer 10.3).

Der Feststellung der Vorinstanz, wonach die Aussagen des Beschuldigten zu seinem Gesundheitszustand und seinem Tagesablauf den Beobachtungen anlässlich der BvO diametral widersprechen sollen, kann die Kammer nicht folgen. Der Beschuldigte sagte keineswegs, dass er nicht fähig wäre, leichte Tätigkeiten auszuführen. Er erwähnte die Tätigkeit auf oder für die Baustelle nicht, es wurde seitens des Befragenden jedoch auch keine Frage gestellt, bei der sich aus der Sicht des Beschuldigten deren Erwähnung absolut zwingend aufgedrängt hätte. Vorsätzlich unwahre oder unvollständige Aussagen zum Gesundheitszustand sind dem Beschuldigten nach Ansicht der Kammer in diesem ersten Gesprächsteil nicht nachweisbar.

Im zweiten Teil des Verlaufsgesprächs wurde der Beschuldigte nach den mit seinem Fahrzeug gefahrenen Strecken gefragt. Er erwähnte verschiedene, auch lange Strecken, so nach Solothurn, Bern und auch Luzern und St. Gallen, nicht aber nach Biberist. Auf Vorhalt, dass er in letzter Zeit häufig nach Biberist gefahren sei, sagte er aber, das stimme, das mache er. Auf Frage, was er dort mache, sagte er, er kenne in Biberist einen guten Freund, den er zwischendurch besuche. Dieser mache Geschäfte mit Immobilien. Auf die Frage, wie dieser Freund heisse, erwähnte er dann doch bereits von sich aus, dass der Freund in Biberist ein Haus baue und er ab und zu mit ihm dort sei. Die Frage, was er mit dem Bau zu tun habe, beantwortete er zunächst mit «nichts». Der Beschuldigte führte dann aus, er habe dort geholfen zu schauen und gebe dort seine Bauernfahrungen weiter. Es sei so eine Art Hilfe gewesen, die ihm sehr Freude gemacht habe. Auf Vorhalt räumte er umgehend ein, dass er auf der Baustelle Anweisungen gegeben habe, dies aber nicht als Bauführer. Er sei Baumaschinenführer. Sein Verwandter sei ab und zu nicht da gewesen und dann sei er schauen gegangen, ob alles ok sei (pag. 131). Auf die Frage, wie er diesen Job mit seiner Krankheit vereinbaren könne, meinte er, reden könne er ja mit jedem. Trotz Schmerzen wolle er leben und wieder hoch kommen. Er habe schon im Winter mit seinen Ärzten geplant, einen Arbeitsversuch zu machen. Aber was er jetzt mache sei nicht Arbeit, sondern Hilfsbereitschaft. Auf Vorhalt, täglich auf der Baustelle gewesen zu sein, sagte er, während der Ferienabwesenheit seines Verwandten sei er vor Ort gewesen. Er bestätigte, die Ansprechperson gewesen zu sein. Er gab an, er habe keinen Lohn erhalten. Sein Freund habe ihm das Auto aufgetankt. Er händigte sodann den Bericht von Dr. med. D. _____ vom 8. Mai 2011 zum Thema Arbeitsversuch aus und sagte, dass er am liebsten wieder als Baumaschinenführer arbeiten möchte. Er sagte weiter, er stehe dazu, dass er dort auf der Baustelle gewesen sei, es sei ihm aber nicht bewusst gewesen, dass dies einer Arbeit gleich komme, sondern es sei für ihn Hilfsbereitschaft gewesen. Es sei für seine Psyche gut gewesen, dort zu helfen (pag. 132).

Es spricht zwar nicht für den Beschuldigten, dass er «Biberist» und seine Tätigkeit auf der Baustelle nicht von sich aus sofort erwähnte. Die Ausführungen, die er in der Folge machte, sind aber durchaus glaubhaft und stimmen mit den gewonnenen Erkenntnissen aus der BvO überein. Aus dem Gesprächsprotokoll ist nicht erkennbar, dass dem Beschuldigten die anlässlich der BvO erstellten Überwachungsvideos gezeigt worden wären. Es wurden ihm nicht präzise Vorhalte gemacht und konkrete Fragen in Bezug auf die Überwachung gestellt, so dass der Beschuldigte die Möglichkeit gehabt hätte, einzelne Beobachtungen aus seiner Sicht zu erklären. Mangels gegenteiliger Belege ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte für seine Tätigkeit auf der Baustelle nicht bezahlt wurde und er diese als blosser Hilfsbereitschaft und Beschäftigung erachtete, die ihm psychisch gut tat. Jedenfalls ist für die Kammer nicht ersichtlich, inwiefern der Beschuldigte mit seinen Aussagen im

zweiten Teil des Verlaufsgesprächs seinen Gesundheitszustand schlechter dargestellt haben soll, als dieser in Tat und Wahrheit war. Aus der zurückhaltenden Auskunftserteilung kann nicht gefolgert werden, der Beschuldigte habe die von ihm erwähnten Beschwerden nicht mehr gehabt. So gab er an, er könne ja mit jedem reden und wolle trotz Schmerzen wieder hochkommen (pag. 132). Zutreffend ist ausserdem, dass er, wie bereits mehrfach erwähnt, der Strafkälerin bereits im Dezember 2010 angekündigt hatte, er wolle einen Arbeitsversuch machen. Ob der Beschuldigte verpflichtet gewesen wäre, seine Tätigkeit auf der Baustelle seines Freundes/Verwandten der Strafkälerin zu melden, stellt eine Rechtsfrage dar, die später zu behandeln ist.

10.5 RAD Bericht von Dr. med. G._____ vom 15. Juli 2011

Am 30. Juni 2011 untersuchte Dr. med. G._____ vom RAD den Beschuldigten psychiatrisch. Anlässlich dieser Untersuchung gab der Beschuldigte an, dass er gern wieder als Maschinenführer arbeiten möchte. Dr. G._____ schrieb, sowie der Beschuldigte es ausdrücke, seien durchaus psychische Ressourcen vorhanden, wenn er heute auch noch davon überzeugt sei, dass seine Schmerzproblematik ihn an der Arbeit hindere (pag. 138). Unter der Rubrik Diagnosen hielt Dr. G._____ Folgendes fest:

Keine aktuelle psychiatrische Diagnose

Zustand nach depressiver Episode

Zustand nach Anpassungsstörung

Zur Arbeitsfähigkeit folgerte er, aus Sicht nach der heutigen psychiatrischen Untersuchung bestehe kein Grund, an der vollen Arbeitsfähigkeit zu zweifeln (pag. 138). Hervorzuheben ist sodann folgender Satz:

Eine Aggravation allerdings kann ich nicht erkennen, auch nicht eine übertriebene Darstellung der Schmerzproblematik.

Dr. G._____ hielt somit zwar klar fest, im Untersuchungszeitpunkt sei keine versicherungsmedizinisch relevante psychiatrische Krankheit feststellbar. Sagte aber auch, dass nicht feststellbar sei, dass der Beschuldigte bezüglich seiner subjektiv empfundenen Schmerzen übertreiben würde. Auch aus diesem Bericht schliesst die Kammer, dass der Beschuldigte gegenüber der Strafkälerin seinen Gesundheitszustand nicht nachweisbar schlechter präsentierte, als er ihn selbst tatsächlich empfand.

10.6 RAD Berichte vom 21. Februar 2012 und vom 8. März 2012

Der RAD wurde von der Strafkälerin angefragt, ob der Gesundheitszustand des Beschuldigten vor Frühling 2011 objektivierbar schlechter gewesen sei und wenn ja, wie das Zumutbarkeitsprofil vor Frühling 2011 ausgesehen habe (pag. 141 und pag. 143). Dr. med. H._____ hielt fest, aus somatischer Sicht liege kein Gesundheitsschaden mit relevanter Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit vor. Alle ärztlichen Berichte würden keinerlei Hinweise auf einen die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigenden, objektivierbaren Gesundheitsschaden somatischerseits enthalten. Daraus sei zu folgern, dass somatischerseits der Gesundheitszustand des Beschuldigten vor Frühling 2011 nicht nachweislich schlechter gewesen sei (pag. 142). Auch Dr. med. G._____ kam in seinem Bericht zum Schluss, der Gesundheitszustand des Beschuldigten sei vor Frühling 2011 nicht objektivierbar schlechter gewesen. Wenn jetzt von Besserung gesprochen werde, so müsse man sich fragen, was sich denn gebessert haben soll (pag. 143).

Die RAD-Ärzte stellen also fest, dass der Gesundheitszustand des Beschuldigten vor Frühling 2011 aus somatischer und psychiatrischer Sicht nicht nachweislich schlechter war als ab Frühling 2011. Daraus ist zu folgern, dass die Beschwerden des Beschuldigten (versicherungs)medizinisch während Jahren kaum objektivierbar waren. Ein Schluss auf ein strafbares Verhalten des Beschuldigten lässt sich daraus hingegen nicht ziehen. Anzumerken ist, dass die beiden RAD Ärzte weder von Simulation noch von Aggravation des Beschuldigten schreiben.

10.7 Aussagen Beschuldigter

Der Beschuldigte gab bei seiner polizeilichen Befragung vom 7. Januar 2014 Auskunft über seine persönlichen Verhältnisse. Zum Vorwurf des Versuchs, unberechtigt IV-Leistungen zu beziehen, konnte er keine Auskunft geben, da er den Vorwurf inhaltlich nicht verstanden zu haben schien (pag. 173 f.). So sagte er auf Vorhalt bzw. die in suggestiver Weise gestellte Frage, was er dazu sage, dass er mit der Nichtanfechtung des Verwaltungsgerichts quasi seine Schuld eingestanden habe Folgendes: Sein Anwalt habe die ganzen Sachen geführt. Dieser schaue für ihn und seine Angelegenheiten. Er wisse nicht, warum das Ganze nun zur Polizei komme (pag. 174 Z. 58-66). Der Beschuldigte wusste beim Vorwurf durch den befragenden Polizisten offenbar nicht weiter und verwies mehrmals auf seinen Anwalt (pag. 174 Z. 65 und 71; pag. 175 Z. 90). Dieses Unverständnis des Beschuldigten und seine Aussagen sind nachvollziehbar und glaubhaft.

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Dezember 2014 machte der Beschuldigte insgesamt glaubhafte und nachvollziehbare Aussagen (vgl. pag. 320 ff.). Er sagte bereits zu Beginn der Einvernahme, dass die Beschwerden und Probleme immer noch da seien, aber im Laufe der Zeit sei es immer besser geworden (pag. 320 Z. 25 ff.). Zur Sache machte der Beschuldigte mehrheitlich zurückhaltende Aussagen, was aufgrund der bereits einige Jahre zurückliegenden Ereignissen nicht erstaunlich ist. Er sagte, er wisse nicht, ob er der IV einmal mitgeteilt habe, dass er sich nach dem Aufenthalt in der Klinik E._____ besser fühlte. Mit seinem Anwalt habe er immer die Papiersachen besprochen. Es könne sein, dass er mit ihm auch das Thema eines Arbeitsversuchs besprochen habe (pag. 328 Z. 17 ff.). Er sagte, er habe niemals gelogen und habe auch nie einen Grund gehabt zu lügen (pag. 329 Z. 13 ff.). Zum Einreichen des Berichts von Dr. D._____ anlässlich des Verlaufsgesprächs vom 30. Mai 2011 gab er offen an, er wisse nicht, ob er diesen ohne den zweiten Teil des Gesprächs noch vorgelegt oder eingereicht hätte. Vielleicht hätte er dies nicht gemacht, weil er nicht gewusst habe, wohin er ihn schicken müsste (pag. 331 Z. 2 ff.). Gerade da der Beschuldigte teilweise Aussagen machte, die ihn allenfalls selbst belasten könnten, wirken sie glaubhaft und keineswegs berechnend. Seine Angaben zur Besserung seines Gesundheitszustands stehen in Einklang mit seinen Aussagen anlässlich des Verlaufsgesprächs vom 30. Mai 2011. Insgesamt sind den Aussagen des Beschuldigten keine Hinweise auf absichtlich unwahre oder unvollständige Aussagen gegenüber den Strafklägerin zu entnehmen.

10.8 Beweisergebnis

Die Kammer kommt beweiswürdigend zu folgendem Schluss: Die vom Beschuldigten geltend gemachten gesundheitlichen Beschwerden waren (versicherungs)medizinisch nicht objektivierbar. Wie oben aufgezeigt liegen keine Beweise dafür vor, dass der Beschuldigte seinen Gesundheitszustand gegenüber der Strafklägerin und den untersuchenden Ärzten

im Zeitraum vom 30. Mai 2011 bis am 7. November 2012 nachweislich schlechter darstellte, als er diesen tatsächlich subjektiv empfand. Kein Arzt hat bei ihm eindeutig eine übertriebene Schmerzdarstellung konstatiert. Seine Aussagen im Strafverfahren wirken glaubhaft. Der Beschuldigte gab anlässlich des Verlaufsgesprächs nicht von sich aus Auskunft über seine bei der BvO im Frühjahr 2011 beobachteten Tätigkeit auf einer Baustelle in Biberist, wo er einen Freund/Verwandten bei der Bauführung unterstützte. Von einer Erwerbstätigkeit kann beweismässig nicht ausgegangen werden. Diese beobachtete Tätigkeit und deren Nichtmeldung an die Strafklägerin belegen sodann nicht, dass der Beschuldigte bewusst seinen Gesundheitszustand wahrheitswidrig schlechter als tatsächlich gegeben darstellen wollte. So hatte er vorgängig eine Besserung und den Wunsch nach einem Arbeitsversuch bei der Strafklägerin gemeldet und sich bei seinen behandelnden Ärzten nach seiner Arbeitsfähigkeit erkundigt. Es ist nicht nachweisbar, dass der Beschuldigte Tätigkeiten übernommen hätte, welche nach seiner damaligen Schilderung seines Gesundheitszustandes unmöglich gewesen wären. Absichtliche unwahre oder unvollständige Angaben zum Gesundheitszustand durch den Beschuldigten erachtet die Kammer als beweismässig nicht erstellt. Es bleibt unter dem rechtlichen Aspekt zu prüfen, ob die fehlende Meldung der Tätigkeit auf der Baustelle in Biberist strafrechtlich von Bedeutung ist.

III. Rechtliche Würdigung

11. Anwendbare Bestimmungen

Nach Art. 87 Abs. 1 AHVG wird, wer durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen anderen eine Leistung auf Grund dieses Gesetzes erwirkt, die ihm nicht zukommt, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Strafgesetzbuches vorliegt, mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft. Gleich bestraft wird, wer die ihm obliegende Meldepflicht (Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]) verletzt (Art. 87 Abs. 5 AHVG). Art. 87 AHVG findet auch Anwendung auf Personen, die auf dieselbe Weise die Vorschriften der Invalidenversicherung verletzen (Art. 70 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]).

Die Versicherten und ihre Arbeitgeber haben beim Vollzug der Sozialversicherungsgesetze unentgeltlich mitzuwirken (Art. 28 Abs. 1 ATSG). Wer Versicherungsleistungen beansprucht, muss unentgeltlich alle Auskünfte erteilen, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind (Art. 28 Abs. 2 ATSG; sog. Mitwirkungspflicht). Das Gegenstück der Mitwirkungspflicht ist der Grundsatz der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (vgl. Art. 43 Abs. 1 ATSG). Die Mitwirkungspflicht kann die Abklärungspflicht des Versicherungsträgers nicht aufheben (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015, N. 6 zu Art. 28 ATSG). Neben der Auskunftspflicht erfasst die Mitwirkungspflicht etwa das Ausfüllen der Anmeldeformulare, die Teilnahme an Untersuchungen und Begutachtungen, das Einreichen von Unterlagen oder die Meldung von veränderten Verhältnissen (KIESER, N. 24 zu Art. 31 ATSG). Art. 43 Abs. 3 ATSG enthält die verwaltungsrechtlichen Folgen der unentschuldbaren Nichterfüllung der Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten. Der Versicherungsträger kann in diesem Fall aufgrund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen. Er muss diese Personen vorher schriftlich mahnen und auf die Rechtsfolgen hinweisen; ihnen

ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen (Art. 43 Abs. 3 ATSG). Eine direkte strafrechtliche Folge wird an das Nichterfüllen der Mitwirkungspflicht nicht geknüpft, unter Umständen kann ein solches Verhalten jedoch unter Art. 87 Abs. 1 AHVG (unwahre oder unvollständige Angaben) subsumiert werden.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 ATSG ist jede wesentliche Änderung in den für eine Leistung massgebenden Verhältnissen von den Bezügerinnen und Bezüger, ihren Angehörigen oder Dritten, denen die Leistung zukommt, dem Versicherungsträger oder dem jeweils zuständigen Durchführungsorgan zu melden. Art. 31 Abs. 1 ATSG meint mit den verpflichteten Leistungsbezügerinnen und -bezüger diejenigen Personen, welchen die betreffende Leistung zukommt, also etwa die Rentenempfängerin (KIESER, N. 24 zu Art. 31 ATSG).

Im Falle des Beschuldigten, der nie Leistungen der IV empfangen hat und somit nicht Leistungsbezüger ist, findet Art. 31 Abs. 1 ATSG und folglich auch die Strafbestimmung von Art. 87 Abs. 5 AHVG, mit welcher die Verletzung dieser Meldepflicht geahndet wird, keine Anwendung. Der Vollständigkeit halber ist jedoch anzufügen, dass eine wesentliche Änderung vorliegt, wenn dadurch eine nicht bloss geringfügige Auswirkung auf den Leistungsanspruch erfolgt (KIESER, N. 8 zu Art. 31 ATSG). Das Bestehen einer Meldepflicht bestimmt sich nach dem konkreten Einzelfall. Massgebend ist die Umschreibung der zumutbaren Aufmerksamkeit, wobei etwa auf die Fähigkeiten und den Bildungsstand der betreffenden Person abzustellen ist (KIESER, N. 12 zu Art. 31 ATSG).

Auf der subjektiven Seite setzt die Strafbarkeit nach Art. 87 AHVG vorsätzliches Handeln voraus (Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 des Strafgesetzbuches [StGB; SR 311.0]). Auch die versuchsweise Begehung ist strafbar (Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB).

12. Subsumtion

Wie beweiswürdigend festgehalten, ist eine schlechter als empfundene Darstellung des Gesundheitszustandes durch den Beschuldigte nicht erstellt und es können ihm keine absichtlich unwahren oder unvollständigen Angaben zur Erwirkung einer IV-Leistung nachgewiesen werden. Mit den Angaben zu seinem Gesundheitszustand hat er somit den Tatbestand von Art. 87 Abs. 1 AHVG nicht erfüllt. Allenfalls hätte er im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht von sich aus offen über seine Tätigkeit auf der Baustelle in Biberist informieren müssen und damit anlässlich des Verlaufsgesprächs unvollständige Angaben gemacht, in der Absicht, unberechtigte Leistung zu erwirken. Die Auskunftspflicht von Personen, die keine Sozialversicherungsleistungen beziehen, kann jedoch nicht weiter gehen, als diejenige für Leistungsbezüger, deren Meldepflicht sich auf für den Leistungsanspruch wesentliche Änderungen beschränkt. Es ist beweismässig nicht erstellt, dass es sich bei der beobachteten Tätigkeit des Beschuldigten um eine Erwerbstätigkeit gehandelt hätte und dass diese Erwerbstätigkeit mit seinem der Strafklägerin gegenüber angegebenen Gesundheitszustand nicht vereinbar gewesen wäre. Es kann somit nicht von einer für eine allfällige Anspruchsberechtigung wesentlichen Änderung gesprochen werden, die der Beschuldigte in seiner konkreten Situation als meldepflichtig hätte erkennen müssen. Da er die Besserung seines Gesundheitszustandes der Strafklägerin gemeldet hatte, durfte er vielmehr darauf vertrauen, dass diese die notwendigen gesundheitlichen Abklärungen vornehmen würde.

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass das rechtliche Vorgehen des Beschuldigten nicht strafbar sein kann. Er zog sein IV-Gesuch nicht zurück und beschritt den Rechtsweg

gegen den negativen Leistungsbescheid. Es ist ohne weiteres rechtmässig, die Abklärungen der IV als ungenügend zu erachten, betreffend Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit und der Leistungsberechtigung eine andere Meinung zu vertreten und die zur Verfügung stehenden rechtlichen Instrumente einzusetzen.

Der Beschuldigte hat keine vorsätzlich unwahren oder unvollständigen Angaben gemacht, um eine IV-Leistung zu erwirken. Folglich ist er von der Anschuldigung der versuchten Widerhandlung gegen das AHVG freizusprechen.

IV. Kosten und Entschädigung

13. Verfahrenskosten

Nach Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte wird oberinstanzlich antragsgemäss vollumfänglich von der Anschuldigung der versuchten Widerhandlung gegen das AHVG freigesprochen. Damit trägt der Kanton Bern sowohl die erst- als auch die oberinstanzlichen Verfahrenskosten. Die erstinstanzliche Festsetzung der Verfahrenskosten auf CHF 3'520.00 wird bestätigt. Die Kosten des oberinstanzlichen Verfahrens werden bestimmt auf CHF 3'000.00 (Art. 24 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]).

14. Entschädigung für angemessene Ausübung der Verfahrensrechte

Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 Bst. a StPO). Der Beschuldigte ist somit für seine Verteidigungskosten vor erster und oberer Instanz aus der Staatskasse zu entschädigen. Die Entschädigung ist für die erste Instanz gestützt auf die Kostennote von Rechtsanwalt C. _____ vom 21. April 2015 (pag. 527) auf CHF 14'769.00 festzusetzen. Für die angemessene Ausübung der Verfahrensrechte vor oberer Instanz ist auf die Kostennote von Rechtsanwalt C. _____ vom 28. August 2016 (pag. 591 f.) abzustellen. Diese ist noch zu ergänzen, um das Honorar für die Berufungsverhandlung im Umfang von zwei Stunden, insgesamt ausmachend CHF 500.00, und die hälftige Reisepauschale (Art. 10 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]), ausmachend CHF 150.00, beides zusätzlich Mehrwertsteuer von 8 Prozent. Insgesamt wird die Entschädigung somit festgesetzt auf CHF 5'952.75.

V. Dispositiv

Die 1. Strafkammer erkennt:

I.

Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelgerichts Emmental-Oberaargau vom 19. Februar 2015 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als

A. _____ freigesprochen wurde

von der Anschuldigung der **versuchten Widerhandlung gegen das AHV-Gesetz**, angeblich begangen in der Zeit vom 1. Dezember 2008 bis 29. Mai 2011 in L. _____ und anderswo.

II.

1. A. _____ wird freigesprochen

von der Anschuldigung **der versuchten Widerhandlung gegen das AHV-Gesetz**, begangen in der Zeit von 30. Mai 2011 bis 7. November 2012 in L. _____ und anderswo;

2. unter Ausrichtung einer **Entschädigung** in der Höhe von **CHF 14'769.00** (inkl. Auslagen und 8 % MWSt.) für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte vor **erster Instanz**;
3. unter Ausrichtung einer **Entschädigung** in der Höhe von **CHF 5'952.75** (inkl. Auslagen und 8 % MWSt.) für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte vor **oberer Instanz**;
4. die **erstinstanzlichen Verfahrenskosten**, ausmachend CHF 3'520.00, trägt der Kanton Bern;
5. die **oberinstanzlichen Verfahrenskosten**, bestimmt auf CHF 3'000.00, trägt der Kanton Bern.

Schriftlich zu eröffnen:

- dem Beschuldigten/Berufungsführer, v.d. Rechtsanwalt C. _____
- der Strafklägerin
- der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 29. August 2016

(Ausfertigung: 19. September 2016)

Im Namen der 1. Strafkammer

Die Präsidentin i.V.:

Oberrichterin Hubschmid

Die Gerichtsschreiberin:

Hiltbrunner

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.