

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

SK 16 398

Bern, 5. März 2018

Besetzung

Oberrichter Vicari (Präsident),
Oberrichter J. Bähler, Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiberin Hiltbrunner

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Dr. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter/Anschlussberufungsführer

gegen

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

und

Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK), Eigerplatz 1, 3003 Bern

Berufungsführerin

Gegenstand

Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland
(Einzelgericht) vom 5. September 2016 (PEN 16 356)



Erwägungen:

I.

1. Mit Entscheid («Urteil») vom 5. September 2016 stellte das Regionalgericht Bern-Mittelland (Einzelgericht) das Strafverfahren gegen A._____ (nachfolgend: Beschuldigter) wegen Widerhandlung gegen das Spielbankengesetz infolge Verjährung ein und traf die daraus folgenden Verfügungen. Insbesondere wurde dem Beschuldigten eine Ersatzforderung für die nicht mehr vorhandenen Vermögenswerte, die der Einziehung unterlagen, von CHF 8'250.00 auferlegt. In der Rechtsmittelbelehrung wurde auf die Berufung hingewiesen (pag. 172 ff.).
2. Gegen diesen Entscheid meldete die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) am 9. September 2016 die Berufung an (pag. 191 f.). Nach Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung mit Verfügung vom 8. November 2016 (pag. 198 f.) reichte die ESBK am 29. November 2016 ihre Berufungserklärung ein (pag. 205 f.). Die Generalstaatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 5. Dezember 2016 auf eine Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 213 f.). Der Beschuldigte, verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. B._____, erklärte am 21. Dezember 2016 Anschlussberufung (pag. 218 f.). Nichteintretensgründe wurden keine geltend gemacht. Die Verfahrensleitung führte im Anschluss ein schriftliches Berufungsverfahren durch (pag. 227 ff.).
3. Mit Beschluss vom 8. Februar 2018 erhob die Verfahrensleitung Einwände gegen die Zulässigkeit der Berufung im Sinne von Art. 403 StPO und die Kammer behielt sich vor, auf die Berufung nicht einzutreten. Eventualiter wurde in Erwägung gezogen, das Rechtsmittelverfahren an die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern zu überweisen. Dazu wurde den Parteien das rechtliche Gehör gewährt (pag. 321 ff.).
4. Die ESBK beantragte mit Stellungnahme vom 16. Februar 2018, die Berufung sei als Beschwerde an die Beschwerdekammer zu überweisen (pag. 326 ff.).

Der Beschuldigte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B._____, stellte mit Eingabe vom 21. Februar 2018 den Antrag, auf die Berufung der ESBK sei nicht einzutreten und das Verfahren sei nicht an die Beschwerdekammer zu überweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 330 ff.).

5. Mit Verfügung vom 27. Februar 2018 wurden die beiden Stellungnahmen der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt und der Verfahrensentscheid der Kammer in Aussicht gestellt (pag. 338 f.).

II.

6. Nach Art. 398 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) ist die Berufung zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist. Fraglich ist, ob das vorliegende Anfechtungsobjekt (Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 5. Septem-

ber 2016) ein Urteil im Sinne vom Art. 398 Abs. 1 StPO darstellt. Gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO (i.V.m. Art. 82 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 312.0]) ergehen Entscheide, in denen über Straf- und Zivilfragen materiell befunden wird, in Form eines Urteils, während die anderen Entscheide in Form eines Beschlusses (bei Kollektivbehörde) oder einer Verfügung (bei Einzelperson) ergehen. Die Unterscheidung ist durchaus von Relevanz, da je nach Entscheidform die Beschwerde (vgl. Art. 393 Abs. 1 Bst. b StPO) respektive die Berufung (Art. 398 Abs. 1 StPO) das anwendbare Rechtsmittel ist. Insbesondere unterscheiden sich die Rechtsmittelfristen der Beschwerde (Art. 396 StPO) und der Berufung (Art. 399 StPO). Berufungen sind vom Berufungsgericht (Art. 21 StPO) und Beschwerden von der Beschwerdeinstanz (Art. 20 StPO) zu beurteilen.

Kann ein Urteil definitiv nicht ergehen, so stellt das Gericht nach Art. 329 Abs. 4 StPO das Verfahren ein. Nur wenn das Verfahren bloss in einzelnen Anklagepunkten eingestellt werden soll, kann die Einstellung zusammen mit dem Urteil ergehen (vgl. Art. 329 Abs. 5 StPO). Die herrschende Lehre ist einhellig der Ansicht, dass bei einem Einstellungsentscheid wegen Eintritts eines Verfahrenshindernisses, wie hier der Verjährung, ein(e) verfahrenserledigende(r) Beschluss/Verfügung nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 StPO zu fällen ist (NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 351 StPO; GUT/FINGERHUTH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 351 StPO; HEIMGARTNER/NIGGLI, in: Basler Kommentar StPO/JStPO, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 351 StPO). Einzig wenn das Verfahren nur in einzelnen Anklagepunkten eingestellt wird, kann die Einstellung zusammen mit dem Urteil ergehen (vgl. Art. 329 Abs. 5 StPO). Im Einstellungsentscheid ist auch über die Einziehung von Gegenständen und Vermögenswerten zu entscheiden (Art. 329 Abs. 4 Satz 2 und Art. 320 Abs. 2 Satz 2 StPO; vgl. auch BGE 142 IV 383). Auch wenn das Gericht das Verfahren zufolge Verjährung der eingeklagten Handlung einstellt, hat es zu prüfen, ob die eingeklagten Handlungen tatbestandsmässig und rechtswidrig sind und ob die beschuldigte Person dadurch Vermögenswerte erlangt hat (BGE 142 IV 383 E. 2.1 S. 386).

7. Weder die ESBK noch der Beschuldigte bestritten in ihren Stellungnahmen vom 16. respektive vom 21. Februar 2018 eine fehlerhafte Entscheidbezeichnung und Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz (pag. 327 f., pag. 330 f.). Vorliegend hat die Vorinstanz kein materielles Urteil im Sinne von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 StPO gefällt. Sie verfügte die Einstellung des ganzen Strafverfahrens infolge Verjährung, ohne materiell über Straf- und Zivilfragen zu befinden. Trotz der Betitelung als «Urteil» erfolgte inhaltlich ein verfahrensabschliessender Einstellungsentscheid gemäss Art. 329 Abs. 4 i.V.m. Art. 320 StPO, der in einem Beschluss bzw. einer Verfügung zu erlassen gewesen wäre. Es liegt kein berufungsfähiger Entscheid gemäss Art. 398 Abs. 1 StPO vor. Dass im Einstellungsentscheid auch über die Ersatzforderung entschieden wurde, was (vorfrageweise) Erwägungen zum Schuldpunkt erforderte, ändert daran nichts. Demnach ist die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz, welche auf die Berufung verweist, unzutreffend. Vielmehr ist in Anwendung von Art. 393 Abs. 1 Bst. b StPO die Beschwerde das korrekte Rechtsmittel. Beschwerden sind von der Beschwerdeinstanz zu beurteilen (Art. 20 StPO). Dies ist im Kanton Bern die Beschwerdekammer

des Obergerichts (Art. 23 Abs. 1 Bst. a des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Kammer ist zur Prüfung des Rechtsmittels im vorliegenden Verfahren nicht zuständig.

III.

8. Zu prüfen bleibt die Folge der festgestellten Unzuständigkeit der Kammer. Es fragt sich, ob ein das Rechtsmittelverfahren abschliessender Nichteintretensentscheid zu erfolgen hat oder ob das Rechtsmittelverfahren an die grundsätzlich zuständige Beschwerdekammer in Strafsachen zu überweisen ist.
9. Die ESBK führte insbesondere aus, im vorliegenden Verfahren sei über Straffragen, namentlich alle Tatbestandsmerkmale sowie über den Schuldpunkt entschieden worden. Die eigentliche Qualifikation des Entscheides als Verfügung sei daher nicht offensichtlich gewesen. Die Vorinstanz sei von einer Qualifikation als Urteil im Sinne von Art. 80 Abs. 1 bzw. Art. 398 Abs. 1 StPO ausgegangen und habe in der Rechtsmittelbelehrung ausschliesslich und abschliessend auf die Berufung verwiesen. Gemäss Art. 394 StPO sei die Beschwerde das subsidiäre Rechtsmittel. Den Parteien sei es nicht möglich gewesen, dass eigentlich richtige Rechtsmittel der Beschwerde einzulegen. Die Berufung sei folgerichtig und in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an die Beschwerdeinstanz zu überweisen. Gegebenenfalls sei zu beachten, dass sie innert zehntägiger Frist Berufung angemeldet habe. Nach Art. 91 Abs. 4 StPO sei die Frist mit Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist bei einer unzuständigen Behörde gewahrt, welche sie unverzüglich an die zuständige Strafbehörde weiterleite. Die unrichtige Bezeichnung eines Rechtsmittel beeinträchtige die Gültigkeit nach Art. 385 Abs. 3 StPO nicht. Sie habe mit der Berufungsanmeldung vom 9. September 2016 innert der zehntägigen Beschwerdefrist ein Rechtsmittel eingelegt, das hätte weitergeleitet werden müssen. Allenfalls wäre eine kurze Nachfrist zur Verbesserung des Rechtsmittels nach Art. 385 Abs. 2 StPO anzusetzen (pag. 327 f.).

Der Beschuldigte brachte hingegen vor, von einer Überweisung an die Beschwerdekammer sei abzusehen. Denn die zehntägige Frist zur Einreichung einer Beschwerde sei von der ESBK nicht eingehalten worden. Die Anmeldung der Berufung genüge den Formerfordernissen der Beschwerde nicht. Die Umwandlung einer unzulässigen Berufung in eine zulässige Beschwerde sei selbst bei einer falschen Rechtsmittelbelehrung nicht möglich. Die ESBK könne sich auch nicht auf den Vertrauensgrundsatz in Bezug auf die falsche Rechtsmittelbelehrung berufen. Es sei aus dem Gesetzestext ersichtlich, dass die Einstellung in Form einer Verfügung zu ergehen habe und mit Beschwerde anzufechten sei. Die ESBK, die anwaltlich vertreten worden sei, hätte die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung ohne weiteres erkennen können. Eine Überweisung an die Beschwerdekammer wäre daher vergebens und sei aus prozessökonomischen Gründen abzulehnen (pag. 331 f.).

10. Gemäss Art. 403 Abs. 1 Bst. b StPO hat das Berufungsgericht ein Nichteintreten zu prüfen, wenn die Berufung im Sinne von Art. 398 StPO unzulässig ist. Die Strafbehörden prüfen ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 39 Abs. 1 StPO). Art. 91 Abs. 4 Satz 2 StPO enthält die Regel, dass eine Eingabe an eine nicht zuständige schweizerische Behörde unverzüglich von dieser an die zuständige Strafbehörde weiterzuleiten ist. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn die Eingabe als verspätet erscheint: Es ist Sache der zuständigen Behörde, über die Rechtzeitigkeit von Verfahrenshandlungen zu entscheiden (CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar StPO/JStPO, 2. Aufl. 2014, N 48 zu Art. 91 StPO). Die unrichtige Bezeichnung eines Rechtsmittels beeinträchtigt seine Gültigkeit nicht (Art. 385 Abs. 3 StPO).

Sowohl im Urteil 6B_333/2016 vom 30. Juni 2016 als auch im Urteil 6B_1181/2016 vom 13. Dezember 2017 hatte das Bundesgericht Fälle zu beurteilen, bei denen Einstellungsentscheide von der oberen kantonalen Instanz in einem Berufungsverfahren überprüft worden waren. Das Bundesgericht hielt in beiden Fällen fest, dass die Vorinstanz das eingereichte Rechtsmittel an die funktionell zuständige Abteilung für Beschwerdeverfahren hätte weiterleiten müssen (Urteil 6B_333/2016, E. 1.6; Urteil 6B_1181/2016, E. 3.1.). Es wies nach Kassation die Sache an die Vorinstanz zur Weiterleitung an die kantonale Beschwerdeinstanz bzw. direkt an diese zurück (Urteil 6B_333/2016, E. 2.; Urteil 6B_1181/2016, Dispositiv Ziff. 1). Das Bundesgericht erwog im Entscheid 6B_333/2016, dass die eingereichte «Berufung» der Staatsanwaltschaft die formellen Anforderungen der Beschwerde einhalte (E. 1.5).

11. Die Kammer darf aufgrund ihrer Unzuständigkeit nicht auf die von der ESBK erhobene Beschwerde eintreten. Entgegen der Behauptung des Beschuldigten ist es im Strafprozessrecht aber grundsätzlich möglich, ein aufgrund einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung als «Berufung» bezeichnetes Rechtsmittel als «Beschwerde» zu prüfen. Beides sind gesetzlich vorgesehene Rechtsmittel. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob mit dem betreffenden Rechtsmittel die Eintretensvoraussetzungen für eine Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO erfüllt sind. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben darf einer Partei, welche sich auf eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung verliess und verlassen konnte, daraus kein Nachteil erwachsen. Allerdings geniesst nur Vertrauensschutz, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Diese Beurteilung erfolgt nach den konkreten Umständen und nach den Rechtskenntnissen der rechtsmittelergreifenden Partei (BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_295/2011 vom 26. August 2011 E. 1.3). Sie muss jedoch durch die zur Behandlung des zulässigen Rechtsmittels zuständige Instanz vorgenommen werden.

Die Kammer ist wegen ihrer fehlenden Unzuständigkeit nicht befugt, die Eintretensvoraussetzungen bei der Behandlung der vorliegenden «Berufung» als Beschwerde vorzunehmen. Hätte die Kammer ihre Unzuständigkeit frühzeitig erkannt, hätte sie die Akten unmittelbar nach deren Eingang nach Art. 39 Abs. 1 und Art. 91 Abs. 4 StPO an die zuständige Beschwerdekammer überweisen müssen. Dies muss in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch im jetzigen Verfahrensstadium noch gelten. Sowohl die Vorinstanz als auch der anwaltliche Vertreter des Be-

schuldigten und zunächst auch die Kammer hatten die fehlerhafte Entscheidform und Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz nicht erkannt. Aus diesem Grund und im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts erscheint die Behandlung des Rechtsmittels als «Beschwerde» nicht von vornherein ausgeschlossen und als rein prozessualer Leerlauf.

12. Nach Feststellung der Unzuständigkeit der Kammer wird das vorliegende Rechtsmittelverfahren somit an die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts überwiesen. Das bis zu diesem Zeitpunkt durchgeführte Berufungsverfahren findet damit seinen Abschluss.

IV.

13. Der vorliegende Beschluss schliesst das Berufungsverfahren ab. In Anwendung von Art. 421 StPO ist daher eine Kostenverlegung vorzunehmen. Nach Art. 423 Abs. 1 StPO werden die Verfahrenskosten grundsätzlich vom Staat getragen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Mit der vorliegenden Weiterleitung des Verfahrens an die zuständige Instanz kann weder die ESBK noch der Beschuldigte als unterliegend gelten. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Kammer erst im fortgeschrittenen Verfahrensstadium auf ihre Unzuständigkeit aufmerksam geworden ist, erweisen sich die nach der Berufungserklärung erfolgten Verfahrenshandlungen als weitgehend unnötig. Die Verfahrenskosten sind somit vom Kanton Bern zu tragen. Diese werden bestimmt auf CHF 800.00 (Art. 5 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]).
14. Über den Anspruch auf Entschädigung des privat verteidigten Beschuldigten kann hingegen erst je nach Ausgang des durchzuführenden Beschwerdeverfahrens verfügt werden (vgl. Art. 436 StPO).

Die 1. Strafkammer beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass die Strafkammern des Obergerichts des Kantons Bern im Rechtsmittelverfahren gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Einzelgericht) vom 5. September 2016 nicht zuständig sind.
2. Das Rechtsmittelverfahren wird an die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern überwiesen.
3. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 800.00, trägt der Kanton Bern.
4. Zu eröffnen:
 - der eidgenössischen Spielbankenkommission/Berufungsführerin
 - dem Beschuldigten/Anschlussberufungsführer, v.d. Rechtsanwalt Dr. B. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern
 - der Beschwerdekammer in Strafsachen (mit den Akten)

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 5. März 2018

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident:

Oberrichter Vicari

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.