

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 19 228

Bern, 15. Mai 2020

Besetzung

Oberrichter Schmid (Präsident i.V.), Oberrichter Kiener, Oberrichter D. Bähler
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8,
Postfach, 3001 Bern

Anschlussberufungsführerin

Gegenstand

Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland
(Kollegialgericht) vom 20. März 2019 (PEN 18 993/994)



Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Erstinstanzliches Urteil

Mit Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland, Kollegialgericht in Dreierbesetzung (nachfolgend: Vorinstanz), vom 20. März 2019 wurde A._____ (nachfolgend: Beschuldigter) schuldig erklärt wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Er wurde verurteilt zu einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten (davon 11 Monate unbedingt) und zur Bezahlung der anteilmässigen Verfahrenskosten. Ebenfalls wurde eine Landesverweisung von 9 Jahren ausgesprochen (pag. 1129).

2. Berufung

Am 29. März 2019 meldete Rechtsanwalt B._____ namens des Beschuldigten fristgerecht Berufung gegen das Urteil vom 20. März 2019 an (pag. 1143). Die schriftliche Urteilsbegründung der Vorinstanz datiert vom 6. Juni 2019 (pag. 1161 ff.). Am 26. Juni 2019 reichte die Verteidigung form- und fristgerecht die Berufungserklärung ein (pag. 1207 ff.). Sie stellte folgende Anträge:

1. Das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 20. März 2019 sei wie folgt abzuändern:

- 1.1 Der Beschuldigte sei freizusprechen vom Vorwurf der **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**, mengenmässig qualifiziert begangen in der Zeit vom 23.02.2018 bis am 26.02.2018 an der Schweizer Grenze in Basel, Thun und Heimberg gemeinsam mit C._____
- 1.2 Die Verurteilungen/Sanktionen gemäss den Ziffern I 1-3 des Urteilsdispositivs seien aufzuheben;
- 1.3 Ziffer III.2 sei aufzuheben und das Mobiltelefon Nokia schwarz, mit eingelegter SIM-Karte und das Samsung GU46, schwarz, mit eingelegter SIM-Karte seien an A._____ auszuhändigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Anschlussberufung vom 18. Juli 2019 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft, der Beschuldigte sei in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mengenmässig qualifiziert begangen durch Einfuhr, Beförderung, Besitz und Verkauf von ca. 500 g Kokaingemisch schuldig zu sprechen; er sei zu einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten zu verurteilen; ihm seien die erst- und oberinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen (pag. 1276 f.). Am 23. September 2019 verfügte die Verfahrensleitung, dass der Termin für die oberinstanzliche Verhandlung auf Freitag, 17. April 2020, angesetzt werde (pag. 1278). Die Vorladung konnte dem Beschuldigten nicht zugestellt werden (siehe pag. 1289 f.). Am 6. Dezember 2019 teilte Rechtsanwalt B._____ mit, dass es ihm nicht gelungen sei, mit dem Beschuldigten Kontakt aufzunehmen; Schreiben an die bekannte Adresse hole der Beschuldigte nicht mehr ab (pag. 1291 f.; siehe auch Schreiben vom 14. Februar 2020 auf pag. 1299). Am 19. Februar 2020 verfügte die Verfahrensleitung was folgt:

1. Es wird Kenntnis genommen und gegeben, dass auch Rechtsanwalt B. _____ gemäss Schreiben vom 14. Februar 2020 keinen Kontakt zum Beschuldigten herstellen konnte.
Eine Kopie des Schreibens wird der Generalstaatsanwaltschaft zugestellt.
2. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte somit unbekannten Aufenthaltes ist und voraussichtlich nicht zur Berufungsverhandlung, in welcher er zwingend zur Person und zur Sache zu befragen ist, vorgeladen werden kann. Es stellt sich mithin die Frage, ob ein Rückzug der Berufung im Sinne von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO vorliegt.
3. Dem Beschuldigten/Berufungsführer bzw. seinem amtlichen Verteidiger sowie der Generalstaatsanwaltschaft wird Gelegenheit gegeben, innert 10 Tagen eine schriftliche Stellungnahme zu dieser Frage einzureichen.

Am 27. Februar 2020 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft, es sei auf die Berufung des Beschuldigten nicht einzutreten (pag. 1307 ff.). Am 12. März 2020 teilte Rechtsanwalt B. _____ mit, er habe mit dem Beschuldigten telefonischen Kontakt gehabt. Die bekannte Adresse des Beschuldigten sei korrekt. Somit erübrige sich die Frage, ob die Berufung als zurückgezogen gelten könnte (pag. 1314 f.). Am 13. März 2020 verfügte die Verfahrensleitung, dass ein erneuter und letzter Versuch unternommen werde, den Beschuldigten an der von ihm gemeldeten Adresse vorzuladen (pag. 1317 f.). Die Vorladung konnte wiederum nicht zugestellt werden (siehe pag. 1325). Mit Verfügung vom 18. März 2020 wurde der Termin zur oberinstanzlichen Verhandlung abgesagt. Am 17. April 2020 verfügte die Verfahrensleitung:

1. Es wird Kenntnis genommen und gegeben, dass die gestützt auf die Eingabe und Beteuerung von Rechtsanwalt B. _____ vom 14. Februar 2020 veranlasste erneute Vorladung dem Beschuldigten an der von Rechtsanwalt B. _____ gemeldeten Adresse wiederum nicht zugestellt werden konnte.
2. Es wird festgestellt, dass der Beschuldigte somit unbekannten Aufenthaltes ist und nicht zur Berufungsverhandlung, in welcher er zwingend zur Person und zur Sache zu befragen ist, vorgeladen werden kann. Es stellt sich mithin erneut die Frage, ob ein Rückzug der Berufung im Sinne von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO vorliegt.
3. Dem Beschuldigten/Berufungsführer bzw. seinem amtlichen Verteidiger sowie der Generalstaatsanwaltschaft wird Gelegenheit gegeben, **innert 5 Tagen** eine schriftliche Stellungnahme zu dieser Frage einzureichen.

Am 22. April 2020 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft erneut, es sei auf die Berufung nicht einzutreten (pag. 1330). Am 27. April 2020 beantragte Rechtsanwalt B. _____ sinngemäss, es sei auf die Berufung einzutreten; diese gelte nicht als zurückgezogen, da die Voraussetzungen von Art. 407 Abs. 1 Bst. c der Strafprozessordnung (StPO; SR 312) nicht erfüllt seien (pag. 1332 ff.).

II. Formelles

3. Es stellt sich die Frage, ob die Berufung materiell zu behandeln ist oder ob sie als zurückgezogen gilt. Hierzu von Bedeutung ist namentlich das Verhältnis von Art. 407 StPO zu Art. 88 StPO. Gemäss Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO gilt die Berufung oder Anschlussberufung als zurückgezogen, wenn die Partei, die sie erklärt

hat, nicht vorgeladen werden kann. Gemäss Art. 88 Abs. 1 Bst. a StPO erfolgt die Zustellung durch Veröffentlichung in dem durch den Bund oder den Kanton bezeichneten Amtsblatt, wenn der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann.

4. Die Generalstaatsanwaltschaft führt hierzu aus was folgt (pag. 1307 ff.):

1. Der Beschuldigte [...] wurde nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung am 20. März 2019 zu Händen des Migrationsdienstes aus der Sicherheitshaft entlassen. Die Vorladung zur Berufungsverhandlung wurde ins Niederländische übersetzt und an seine letzte bekannte Wohnadresse in den Niederlanden geschickt. Er hat sie jedoch nicht abgeholt. Daraufhin hat sein amtlicher Verteidiger versucht, den Beschuldigten auf verschiedenen Wegen zu erreichen, jedoch ohne Erfolg.
[...]
2. Die Verteidigung hat mit Datum vom 26. Juni 2019 die Berufung insbesondere bezüglich der Schuldsprüche und Sanktionen erklärt. Weil ein Urteil des Kollegialgerichts infrage steht, scheidet die Möglichkeit eines schriftlichen Verfahrens mit dem Einverständnis der Parteien von vornherein aus (Art. 406 Abs. 2 lit. b StPO). Weil sich zudem nicht nur Rechtsfragen stellen, fällt eingedenk der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ein schriftliches Verfahren gestützt auf Art. 406 Abs. 1 StPO ausser Betracht (BGE 139 IV 290 E. 1 [Pra 2014 Nr. 20]). Folglich hatte im Hinblick auf das mündliche Berufungsverfahren eine Vorladung an den Berufungsführer zu erfolgen.
3. Gemäss Art. 407 Abs. 1 lit. c StPO gilt die Berufung als zurückgezogen, wenn die Partei, die sie erklärt hat, nicht vorgeladen werden kann. Diese Norm verfolgt einzig den Zweck, Beschuldigte in Anwendung einer gesetzlichen Fiktion nicht zur Berufung zuzulassen, wenn sie erkennbar kein Interesse an einer Partizipation am Berufungsverfahren haben (Beschluss SK 18 283 vom 22. Oktober 2018 E. 6.2). Es braucht keiner weiteren Ausführungen, dass ein solches Interesse für ein von privater Seite angestossenes staatliches Handeln vorausgesetzt wird. Manifestiert wird das Desinteresse an einer Berufung gemäss dem Wortlaut von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO dadurch, dass – wegen Abwesenheit – ein Berufungsführer nicht vorgeladen werden kann. Anders ausgedrückt reicht es nicht aus, seinem amtlichen Verteidiger nach Kenntnisnahme des erstinstanzlichen Urteils mitzuteilen, dass man mit dem Entscheid nicht einverstanden sei und gegen diesen vorgehen wolle. Vielmehr muss der berufungsführerische Wille, dass ein Gerichtsurteil von der nächsthöheren Instanz überprüft wird, während des Rechtsmittelverfahrens fortlaufend gegeben sein. Durch den Umstand, dass keine Vorladung erfolgen kann, wird fingiert, dass kein Interesse vorhanden ist und dass die Berufung als zurückgezogen gilt. Diese Strenge rechtfertigt sich, weil diejenige Partei, welche mit dem angefochtenen Urteil nicht einverstanden ist und ein Rechtsmittel ergreift, ihren Standpunkt im Rechtsmittelverfahren darzulegen hat und vom Gericht dazu befragt werden können soll. Zunächst ein Rechtsmittel einzulegen, jedoch sodann nicht an den dadurch ausgelösten Verfahrensschritten teilzunehmen, stellt ein widersprüchliches Verhalten dar, das keinen umfassenden Rechtsschutz verdient [...].
4. Vorliegend konnte der Berufungsführer wie einleitend dargestellt nicht zur Berufungsverhandlung vorgeladen werden. Nach seiner Ausschaffung in die Niederlande befindet er sich im Ausland, ohne seither je den Kontakt zu seiner Verteidigung oder den Behörden gesucht zu haben. In Übereinstimmung mit der Praxis der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern (Beschlüsse SK 17 192 vom 5. Februar 2018; SK 17 138-141 vom 23. Februar 2018 und SK 18 283 vom 22. Oktober 2018 E. 6.2) sind die Voraussetzungen für die Annahme der Rückzugsfiktion nach Massgabe von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO hier als erfüllt zu erachten.

Am 22. April 2020 ergänzte sie (pag. 1330 f.), dass der Beschuldigte nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung am 20. März 2019 zu Händen des Migrationsdienstes aus der Sicherheitshaft entlassen worden sei. Die Vorladung zur Berufungsverhandlung sei an seine letzte bekannte Wohnadresse in den Niederlanden geschickt worden. Er habe sie jedoch nicht abgeholt. Mit Schreiben vom 12. März 2020 habe die Verteidigung mitgeteilt, sie habe zwischenzeitlich mit dem Beschuldigten telefonischen Kontakt gehabt, dieser sei nach wie vor an der bekannten Adresse wohnhaft und könne ordentlich vorgeladen werden. Er ziehe die Berufung nicht zurück. Eine erneute Vorladung habe dem Beschuldigten jedoch wiederum nicht zugestellt werden können. Dazu sei festzuhalten, dass die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens ausser Betracht falle. Zwischenzeitlich habe offenbar nun ein einmaliger telefonischer Kontakt zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger stattfinden können. Obwohl der Beschuldigte dabei offensichtlich auf die missglückte Vorladung angesprochen worden sei und beteuert habe, an der bekannten Adresse erreichbar zu sein, sei auch ein weiterer Versuch, die Vorladung zuzustellen, missglückt. Die Vorladung habe damit trotz unmittelbar zuvor erfolgtem Hinweis auf die bevorstehenden Zustellung nicht zugestellt werden können, womit die Voraussetzungen für die Rückzugsfiktion nach Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO als erfüllt zu erachten seien. Der Beschuldigte habe durch sein Verhalten sein Desinteresse an einer Partizipation am Berufungsverfahren deutlich gemacht.

5. Die Verteidigung macht zur Eintretensfrage geltend (pag. 1332 ff.), die Voraussetzungen für eine Rückzugsfiktion seien nicht erfüllt. Der Beschuldigte habe anfangs März 2020 seinen Verteidiger auf eine E-Mail hin kontaktiert und mitgeteilt, er sei nicht einverstanden, dass die Berufung als zurückgezogen gelte. Weiter habe er bestätigt, dass er nach wie vor an der gemeldeten Adresse wohne. Die Verteidigung habe somit klare Instruktionen erhalten, die Berufung aufrecht zu erhalten. Sie könne von diesen Instruktionen nicht abweichen. Der Beschuldigte habe mitgeteilt, er werde für die Berufungsverhandlung in die Schweiz reisen. Bereits einige Tage später, am 18. März 2020, habe die 2. Strafkammer die Verhandlung vom 17. April 2020 auf Grund der Corona-Situation abgesetzt. Diese Verfügung habe dem Beschuldigten durch den Verteidiger per E-Mail zugestellt werden können. Mit Verfügung vom 17. April 2020 habe die 2. Strafkammer mitgeteilt, sie habe dem Beschuldigten eine erneute Vorladung nicht zustellen können. Weshalb dem so sei, sei der Verteidigung nicht bekannt. Die Verteidigung selber habe keine erneute Vorladung erhalten, weshalb unklar sei, für welchen Termin der Beschuldigte vorgeladen worden wäre. Der Beschuldigte habe von der Verteidigung seit der Verfügung vom 18. März 2020 nicht mehr kontaktiert werden können respektive der Beschuldigte habe auf die Kontaktversuche per E-Mail nicht reagiert. Die Verteidigung könne keine Angaben dazu machen, weshalb die Zustellung der Vorladung an den Beschuldigten nicht habe erfolgen können. Es gälten besondere Anforderungen für die Zustellung von Vorladungen (vgl. Art. 201 StPO). Die Vorladung sei schriftlich und im Gerichtsverfahren mindestens 10 Tage vor der Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung habe jeweils an die Partei direkt zu erfolgen (Art. 87 Abs. 4 StPO). Der Staat trage die Beweislast dafür, dass eine Person bewusst auf die Teilnahme verzichte. Der Beweis für die ordentliche Zustellung beziehungsweise für die notwendigen Anstrengungen, um die Zustelladresse der beschuldigten Person ausfin-

dig zu machen, obliege den Behörden. Die Unmöglichkeit der Zustellung sei dann anzunehmen, wenn Zustellversuche gemäss Art. 85 ff. StPO nicht hätten erfolgen können bzw. ergebnislos geblieben seien. Die Zustellfiktion gemäss Art. 85 Abs. 4 Bst. a StPO gelte nur dann, wenn eine Abholeinladung hinterlegt werden könne. Das setze eine bekannte Adresse des Vorzuladenden voraus. Sei der Aufenthaltsort einer Partei unbekannt, müsse versucht werden, diesen ausfindig zu machen. Die Behörde habe also zumutbare Nachforschungen anzustellen, insbesondere zur letzten bekannten Adresse oder durch Nachfrage bei den Angehörigen. Die Vorladung für die Verhandlung vom 17. April 2020 sei offenbar direkt an die niederländische Postanschrift des Beschuldigten geschickt worden. Bei der Adresse «D. _____» handle es sich gemäss der ausdrücklichen Bestätigung um seine aktuelle Wohnadresse. Offenbar sei es nicht möglich gewesen, diese Verfügung zuzustellen, was aber insofern unerheblich sei, als die Verhandlung ohnehin abgesetzt worden sei.

Der Verteidigung erhellte sich weder, welche Vorladung dem Beschuldigten seither hätte zugestellt werden sollen, noch weshalb die Zustellung nicht möglich gewesen wäre. Sie vermöge auch nicht zu beurteilen, welche geeigneten Nachforschungen die 2. Strafkammer unternommen habe. Die Verteidigung habe keinen Zweifel daran, dass der Beschuldigte an der genannten Adresse lebe. Er habe anlässlich des letzten Telefonats die Adresse Buchstabe für Buchstabe diktiert. Es sei die gleiche Adresse, welche er stets bekannt gegeben habe. Aus Sicht der Verteidigung könne kein Berufungsrückzug fingiert werden, nachdem der Beschuldigte ausdrücklich habe erklären lassen, dass er an der Berufung festhalte. Die Verteidigung könne die Ansetzung einer Hauptverhandlung dem Beschuldigten per E-Mail mitteilen. Sollte die Zustellung der Vorladung wieder nicht möglich sein und könne somit den Anforderungen gemäss Art. 87 Abs. 4 StPO nicht Rechnung getragen werden, könne die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung in Betracht gezogen werden. Die Zustellung erfolge so durch die Veröffentlichung in dem durch den Bund oder den Kanton bezeichneten Amtsblatt (Art. 88 StPO). Dieser Notbehelf sei zulässig, wenn die zuständige Behörde das Notwendige und Zumutbare unternommen habe, um die ordentliche Zustellung zu ermöglichen. Aus Sicht der Verteidigung halte die Anwendung der Rückzugsfiktion vor Art. 32 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) nicht stand. Analog zur früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts sei nur dann von einem Rückzug auszugehen, wenn ein Totalversäumnis vorliege (BGE 133 I 12 E. 8.1). Das sei hier nicht der Fall. Der Beschuldigte habe eine Zustelladresse bekannt gegeben. Weshalb es an dieser Adresse Zustellschwierigkeiten gebe, sei nicht bekannt. Der Beschuldigte werde amtlich vertreten und habe mehrfach mit der Verteidigung telefonisch Kontakt gehabt. Es sei auch für die Verteidigung schwierig, dass dieser Kontakt nicht regelmässig möglich sei. Der Beschuldigte habe kundgetan, er sei halt viel unterwegs.

6.

- 6.1 Vorweg ist festzuhalten, dass mit Blick auf Art. 406 StPO die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens zur Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils eines Kollegialgerichts ausgeschlossen ist. Zur Begründung kann auf die Ausführungen der Ge-

neralstaatsanwaltschaft verwiesen werden (siehe vorne E. 4). Die persönliche Stellungnahme des Beschuldigten – das heisst die Darlegung, wieso das vorinstanzliche Urteil aus seiner Sicht fehlerhaft sein soll – ist respektive wäre von zentraler Bedeutung. Das Einverständnis des Beschuldigten, ein schriftliches Verfahren durchzuführen, liegt nicht vor (vgl. Art 406 Abs. 2 StPO). Ferner sind auch nicht bloss Rechtsfragen zu beurteilen (vgl. Art. 406 Abs. 1 Bst. a StPO).

- 6.2 Davon ausgehend, dass jede Norm in der StPO eine eigenständige Bedeutung hat – andernfalls sie der Gesetzgeber nicht erlassen hätte (siehe zur wenig hilfreichen historischen Auslegung die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 [BBl 2006 1085 ff., 1317]) –, kann Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO einzig den Zweck verfolgen, Beschuldigte in Anwendung einer gesetzlichen Fiktion nicht zur Berufung zuzulassen, wenn sie erkennbar kein Interesse an einer Partizipation am Berufungsverfahren haben. Es braucht keiner weiteren Ausführungen, dass ein solches Interesse für ein von privater Seite angestossenes staatliches Handeln vorausgesetzt wird. Manifestiert wird das Desinteresse an einer Berufung gemäss dem Wortlaut von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO dadurch, dass – wegen Abwesenheit respektive fehlenden Zustellungsdomizils – ein Berufungsführer nicht vorgeladen werden kann.

Es reicht grundsätzlich nicht aus, seinem amtlichen Verteidiger nach Kenntnisnahme des erstinstanzlichen Urteils schlicht mitzuteilen, dass man mit dem Entscheid nicht einverstanden sei und gegen diesen vorgehen wolle. Noch viel weniger ist es ausreichend, wenn ein Verteidiger allein gestützt auf einen mutmasslichen Willen des Beschuldigten die Berufung erklärt. Vielmehr muss die berufungsführerische Absicht, dass ein Gerichtsurteil von der nächsthöheren Instanz überprüft wird, während des Rechtsmittelverfahrens fortlaufend gegeben sein. Durch den Umstand, dass keine Vorladung erfolgen kann, wird fingiert, dass kein Interesse vorhanden ist und dass die Berufung als zurückgezogen gilt. Entscheidend ist mithin die ordnungsgemässe Vorladung respektive Zustellung an die beschuldigte Person. Das Berufungsverfahren unterscheidet sich wesentlich vom erstinstanzlichen Verfahren, wo es vornehmliches Ziel darstellt, ein materielles Urteil zu fällen. Auf ein Rechtsmittel kann verzichtet oder dieses (bis kurz vor dem zweitinstanzlichen Urteil) zurückgezogen werden (vgl. Art. 386 Abs. 2 StPO; sog. Parteidisposition). Dementsprechend bloss konsequent ist Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO, indem die Norm bestimmt, dass wenn sich ein (konkludentes) Desinteresse an einer Berufung manifestiert, das Rechtsmittel als zurückgezogen gilt.

Diese Strenge rechtfertigt sich, weil diejenige Partei, welche mit dem angefochtenen Urteil nicht einverstanden ist und ein Rechtsmittel ergreift, ihren Standpunkt im Rechtsmittelverfahren darzulegen hat und vom Gericht dazu befragt werden können soll. Zunächst ein Rechtsmittel einzulegen oder sogar bloss – ohne darum überhaupt konkret zu wissen – einlegen zu lassen, dann jedoch nicht an den dadurch ausgelösten Verfahrensschritten teilzunehmen, stellt ein widersprüchliches Verhalten dar, das keinen umfassenden Rechtsschutz verdient. Eine solche Verhaltensweise wird weder durch Art. 32 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) noch Art. 6 Ziff. 3 Bst. c der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK;

SR 0.101) geschützt (vgl. dazu auch Urteil des Obergerichts Obwalden vom 9. Januar 2015, AS 14/002 und AS 14/006, in: CAN 2015 Nr. 44 S. 124 Ziff. 1.4 f.). CHRISTEN vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass wenn der Verteidiger vorgeladen werden könne, keine Säumnis des Berufungsführers vorliege. Ansonsten wäre diejenige beschuldigte Person besser gestellt, die auf Vorladung hin nicht erscheine, sich aber vertreten lasse, als diejenige, die sich vertreten lasse, aber selbst nicht vorgeladen werden könne. Eine solche Differenzierung dränge sich nicht auf. Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO sei demnach insofern zu ergänzen, als die beschuldigte Person nicht vorgeladen werden könne *und sich auch nicht vertreten lasse* (CHRISTEN, a.a.O., S. 238 f.). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Erstens ist die Rückzugsfiktion gesetzlich explizit vorgesehen und von einer Vertretung, eben anders als in Art. 407 Abs. 1 Bst. a StPO, nicht die Rede. Zweitens erfolgt die Vorladung respektive der Vorladungsversuch zeitlich vor der Hauptverhandlung. Mit anderen Worten kommt bei Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO zum Umstand, dass die beschuldigte Person nicht zur oberinstanzlichen Verhandlung erscheint, erschwerend hinzu, dass sie im Zuge des Instruktionsverfahrens – meist mangels Zustell-domizil – nicht einmal (mehr) gesetzmässig vorgeladen werden kann (Art. 87 Abs. 4 StPO). Nicht einschlägig ist in diesem Kontext schliesslich BGE 133 I 12 E. 8.1. Dieses Urteil befasst sich mit der Frage der Abwesenheit des vorgeladenen Berufungsführers bei der Berufsverhandlung, die in der eidgenössischen StPO in Art. 407 Abs. 1 Bst. a StPO nun klar beantwortet ist.

Der Teilsatz «nicht vorgeladen werden kann» ist verschiedenartig auslegbar. In systematischer Auslegung von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO ist festzustellen, dass diese Norm eine Spezialbestimmung für das Berufsverfahren darstellt. Wäre sie anders – eng begrenzt – zu verstehen, hätte sie in keiner Art eine eigenständige Bedeutung, da eine Vorladung grundsätzlich immer publiziert werden kann (vgl. Urteil des Obergerichts Aargau vom 20. August 2015 [SST.2015.147, in: CAN 2016 Nr. 46, S. 128 f., Ziff. 1.3]; siehe auch Arrêts du Tribunal cantonal jurassien, Décision de la Cour pénale du 10 août 2017: Attendu qu'une notification par voie édictale au sens de l'article 88 CPP ne se justifie pas dans le cas d'espèce, l'article 407 al. 1 let. c CPP étant une disposition spéciale; admettre l'application de l'article 88 CPP aurait en outre pour effet de vider de sa substance l'article 407 al. 1 let. c CPP; en effet, cela reviendrait à considérer, par ce biais, que toute partie peut toujours valablement être citée à comparaître et la disposition précitée ne trouverait jamais application; la jurisprudence citée par le prévenu (TF 6B_876/2013 du 6 mars 2014 consid. 2.4.2) traite de l'application de l'article 407 al. 1 let. a CPP qui vise une autre hypothèse et n'est pas applicable au cas d'espèce (cf. dans ce sens jugement du 20 août 2015 du Tribunal cantonal d'Argovie in CAN 2016 n°46 p. 127ss; jugement du Tribunal cantonal d'Obwald du 9 janvier 2015 et le commentaire de Stefan Keller in CAN 2015 n° 44 p. 123ss); pour le surplus, la présente décision ne saurait être considérée comme une sanction disproportionnée privant le prévenu de voir sa cause réexaminée par une deuxième instance; en effet, le prévenu s'est totalement désintéressé de la présente procédure et n'a, à aucun moment, manifesté son intention de contester le jugement qui serait rendu à son encontre; il lui était, cas échéant, loisible d'élire domicile en Suisse et de se faire représenter par son mandataire à l'audience d'appel sans être obligé d'y comparaître personnellement (art. 407 al. 1 let. a CPC e contrario); SCHMID/JOSTISCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1572; EUGSTER, in: Basler Kommentar StPO/JStPO, 2. Aufl. 2014, N. 3 und Fn. 14 zu Art. 407 StPO; ferner

HUG/SCHIEDEGGER, Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 407 StPO, wobei sie mit Blick auf Satz 2 gegenüber Satz 1 eher unscharf formulieren). Mit dieser Lesart von Art. 407 StPO wird auch nicht etwa Art. 88 Abs. 1 StPO seines Sinnes entleert: Alle anderen Verfahrensarten sind von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO nicht betroffen, womit Art. 88 Abs. 1 StPO für diese weiterhin Anwendung findet.

- 6.3 In letzter Zeit erkannte die 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern in mehreren vergleichbaren Fall auf Rückzug der Berufung (siehe Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Bern SK 17 192 vom 5. Februar 2018; SK 17 138-141 vom 23. Februar 2018; SK 18 283 vom 22. Oktober 2018). An dieser gefestigten Praxis ist festzuhalten. Rechtsanwalt B._____ teilte mit Schreiben vom 12. März 2020 (und damit kurz nach Versand der verfahrensleitenden Verfügung betreffend einen möglichen Anwendungsfall von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO) zwar mit, er habe am 9. März 2020 «überraschend» einen Anruf des Beschuldigten erhalten; die Wohnadresse sei immer noch «D._____» – weshalb eine Zustellung nicht möglich gewesen sei und selbst die A-Postbriefe der Verteidigung zurückgekommen seien, vermöge der Beschuldigte nicht zu beurteilen. Indessen sind diese Ausführungen unbelegt. Ob dieses Telefonat tatsächlich stattgefunden hat, scheint ungewiss. Dies ist aber letztlich für den Ausgang des Verfahrens irrelevant. Objektiv hat der Beschuldigte nämlich seit vielen Monaten demonstriert, dass er an einem Berufungsverfahren kein reales Interesse hat (vgl. Berufungsanmeldung vom 29. März 2019; zudem Schreiben der Verteidigung vom 6. Dezember 2019: Meine Schreiben an die mir bekannte Adresse werden nicht mehr abgeholt und auch auf elektronischem oder telefonischem Weg ist mir seit geraumer Zeit eine Kontaktaufnahme nicht mehr möglich.). Er hat sich weder bei den Behörden oder nachweislich bei seinem Verteidiger gemeldet noch hat er (anlässlich seiner Ausschaffung per mutmasslich Ende März 2019 [vgl. pag. 1206]) ein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet (siehe Art. 87 Abs. 4 i.V.m. 88 Abs. 1 Bst. c StPO; zudem die Kommentierung von KELLER zum Urteil des Obergerichts Obwalden vom 9. Januar 2015, AS 14/002 und AS 14/006, in: CAN 2015 Nr. 44: Die Zustellfiktion mittels Veröffentlichung im Amtsblatt greift jedoch im Berufungsverfahren richtigerweise nicht, da hier der Gesetzgeber spezielle Säumnisfolgen vorgesehen hat. Würde man eine Publikation der Vorladung im Amtsblatt genügen lassen, träte die Unmöglichkeit, den Berufungskläger nicht vorladen zu können, nie ein. [...] Eine Vertretung durch den amtlichen Verteidiger ist jedoch – auch wenn er, wie vorliegend, vor Gericht erscheint – nicht möglich, wenn der Berufungskläger weder die eigene Adresse noch ein Zustelldomizil bezeichnet und in keinem Zeitpunkt seit dem angefochtenen Urteil schriftlich oder mündlich Kontakt mit seinem Anwalt hatte.). Die amtliche Verteidigung kann respektive konnte im Übrigen nicht als quasi konkludentes Zustelldomizil für eine rechtsgültige Vorladung des Beschuldigten dienen, da – mit der eidgenössischen StPO so eingeführt – gemäss Art. 87 Abs. 4 StPO dem Berufungsführer eine persönliche Vorladung *direkt* zuzustellen ist (siehe WEBER, in: Basler Kommentar StPO/JStPO, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 201 StPO mit Verweis auf Art. 84 Abs. 4 StPO). Ein Berufungsverfahren wäre mithin dann durchzuführen gewesen, wenn der Beschuldigte persönlich hätte vorgeladen werden können und er zum Termin erschienen wäre oder wenn er unentschuldigt ferngeblieben wäre, sich aber durch seinen Verteidiger hätte vertreten lassen.
- 6.4 Der Umstand, dass der Beschuldigte ausgeschafft wurde, vermag an der gefestigten Praxis der 2. Strafkammer nichts zu ändern. Aus der Ausschaffung ergibt sich

kein fortlaufender Berufungswille gegen das fragliche Urteil. Seit seiner Ausschaffung in die Niederlanden befindet sich der Beschuldigte mit grösster Wahrscheinlichkeit im Ausland, ohne seither je in belegter Weise den Kontakt zu seinem Verteidiger oder den Behörden gesucht zu haben. Trotz Ausschaffung hätte er von seinem unantastbaren Recht Gebrauch machen können, mit seiner Verteidigung aktiv (namentlich durch schriftliches Beantworten von E-Mails) Kontakt aufzunehmen oder sich an die mit seiner Ausschaffung betrauten Dienste zu wenden und so fortlaufend direkt oder via seinen Verteidiger nachweislich zu bestätigen, dass seine Verurteilung stossend sei und es ihm wichtig sei, dass sie zweitinstanzlich zu überprüfen sei, handelt es sich doch keineswegs um einen Bagatellvorwurf. An diesen Kontaktaufnahmemöglichkeiten vermögen weder die zwangsweise Ausschaffung, welche im Übrigen soweit ersichtlich unstrittig rechtmässig erfolgte, noch ein weiterentfernter Aufenthaltsort etwas zu ändern. Dennoch unterliess der Beschuldigte es sowohl, die gerichtlichen Vorladungen – insbesondere diejenige vom 13. März 2020, also *nach dem (behaupteten) Telefongespräch mit seinem Verteidiger* – entgegen zu nehmen, als auch auf Kontaktaufnahmen von Rechtsanwalt B._____ (schriftlich) zu antworten. Dies alles belegt sein Desinteresse an der Berufung letztlich mit aller Deutlichkeit. Die Verteidigung führte am 27. April 2020 ausserdem aus, sie habe selber ebenfalls keine erneute Vorladung erhalten, weshalb unklar sei, für welchen Termin der Beschuldigte vorgeladen worden wäre. Dem ist zu entgegnen, dass die verfahrensleitende Verfügung vom 13. März 2020 auch der Verteidigung zugesendet worden war (1. Vom Eingang der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft vom 27. Februar 2020 sowie des Beschuldigten vom 12. März 2020 wird Kenntnis genommen und durch Zustellen einer Kopie an die jeweilige Gegenpartei gegeben. 2 Es wird ein erneuter und letzter Versuch unternommen, den Beschuldigten an der von ihm gemeldeten Adresse vorzuladen. 3. Zu eröffnen: - dem Beschuldigten/Berufungsführer, a.v.d. Rechtsanwalt B._____, - der Generalstaatsanwaltschaft/Anschlussberufungsführerin [pag. 1317]). Dass diesem Schreiben keine erneute Vorladung beigelegt wurde, versteht sich von selbst, wurde Rechtsanwalt B._____ doch bereits mit Verfügung vom 23. September 2019 für die am 17. April 2020 vorgesehen gewesene Verhandlung vorgeladen. Dass die oberinstanzliche Hauptverhandlung schliesslich abgesetzt werden musste, spielt für die Frage, ob der Beschuldigte sein Desinteresse an der Berufungsverhandlung manifestiert hat, keine Rolle.

- 6.5 Auch aus dem Urteil des Bundesgerichts 6B_876/2013 vom 6. März 2014 lässt sich für den Beschuldigten nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dort war die Anwendung von Art. 407 Abs. 1 Bst. a StPO strittig. Das Berufungsgericht unterliess es, einen Beschuldigten persönlich vorzuladen. Es stellte die Vorladung (für den Beschuldigten) einzig seinem Verteidiger zu. Das Bundesgericht erachtete dies richtigerweise als StPO-widrig. In Bezug auf die grundsätzlicheren Ausführungen in der Erwägung 2.4.2 ist darüber hinaus festzuhalten, dass es zwar korrekt ist, dass die Vorschriften über die Eröffnung von Entscheiden (Art. 84 ff. StPO) auch im Rechtsmittelverfahren uneingeschränkt gelten. Über deren Verhältnis zu spezifischeren Normen – hier namentlich Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO – ist damit indes noch nichts gesagt. Ausserdem ist zu beachten, dass sich die Ausführungen in der Erwägung 2.4.2 auf die Konstellation beziehen, wo die beschuldigte Person ein Zustelldomizil in der Schweiz hat (siehe Verweis auf Art. 87 Abs. 4 StPO). Dann nämlich ist es richtig,

dass das Berufungsgericht versuchen muss, einer beschuldigten Person die Vorladung persönlich zuzustellen. Ist deren Aufenthaltsort (in der Schweiz und trotz eigentlichen Zustelldomizils) trotz zumutbarer Nachforschungen nicht zu ermitteln, hat die Zustellung (ersatzweise) durch Veröffentlichung im Amtsblatt zu erfolgen. Wenn der Beschuldigte jedoch wie hier gar kein Zustelldomizil (mehr) hat, tritt die Rückzugsfiktion gemäss Art. 407 Abs. 1 Bst. c ein.

- 6.6 Ebenfalls nichts zugunsten des Beschuldigten ergibt sich aus Überlegungen betreffend die notwendige/amtliche Verteidigung. EUGSTER schreibt im Basler Kommentar über die Rückzugsfiktion gemäss Art. 407 Abs. 1 *Bst. a* StPO (Da im Falle einer notwendigen Verteidigung diese bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens zu gewähren ist, kann die Bestimmung von Art. 407 Abs. 1 lit. a gar nicht zur Anwendung kommen [EUGSTER, a.a.O., N. 3 zu Art. 407 StPO]). Hier geht es jedoch um eine Rückzugsfiktion nach Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO, da der Beschuldigte gar nicht erst vorgeladen werden kann (vgl. EUGSTER, a.a.O. N. 3 zu Art. 407 StPO letzter Satz). Für diese gelten, wie oben ausführlich dargestellt, andere Prinzipien. Die Rückzugsfiktion nach Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO kann mithin auch bei einer notwendigen/amtlichen Verteidigung greifen.
- 6.7 Es verbleibt die Prüfung, ob der Beschuldigte tatsächlich nicht vorgeladen werden kann. Dies ist, in der gebotenen Kürze, zu bejahen: Der Beschuldigte hat die Schweiz ca. Ende März 2019 verlassen. Er befindet sich seither – ohne Zustelldomizil in der Schweiz und ohne je wieder nachweislich den Kontakt zu seiner Verteidigerin oder den Behörden gesucht zu haben – im Ausland. Der Beschuldigte wurde mehrfach in korrekter Weise gerichtlich vorgeladen, und zwar mit Verfügung vom 23. September 2019 (pag. 1283 f.; siehe auch pag. 1289) sowie mit Verfügung vom 13. März 2020 (pag. 1317 f; siehe auch pag. 1325). Die Voraussetzungen für die Annahme der Rückzugsfiktion nach Massgabe von Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO sind daher erfüllt (vgl. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1572; EUGSTER, a.a.O., N. 3 und Fn. 14 zu Art. 407 StPO). Rechtsanwalt B._____ hat aus anwaltlichen Sorgfaltkeitsüberlegungen Berufung eingelegt und hält deswegen daran fest, doch gilt diese nun als Folge des Verhaltens des Beschuldigten selber als zurückgezogen.

III. Fazit

7. Zusammengefasst ist der Beschuldigte seit einem guten Jahr – ohne Zustelldomizil in der Schweiz und ohne je ausgewiesen den Kontakt zu seinem Verteidiger oder den Behörden gesucht zu haben – nicht mehr in der Schweiz. Er befindet sich höchstwahrscheinlich im Ausland, wohl in den Niederlanden, und konnte/kann nicht gesetzmässig, das heisst persönlich im Sinne von Art. 87 Abs. 4 StPO, vorgeladen werden. Die Verfahrensleitung hat – transparent gegenüber der Verteidigung bzw. mit dieser zusammen – zumutbare Nachforschungen unternommen; die allseits bekannte Wohnadresse des Beschuldigten scheint korrekt zu sein. Im Lichte dieser Ausführungen sind die Voraussetzungen für die Annahme der Rückzugsfiktion gemäss Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO erfüllt. Der Berufungswille ist erloschen, soweit er überhaupt einmal bestand. Das Berufungsverfahren wird als erledigt abge-

schrieben, weil die Berufung als zurückgezogen gilt. Das Urteil der Vorinstanz vom 20. März 2019 erwächst in Rechtskraft (Art. 437 Abs. 1 Bst. b StPO).

IV. Kosten

8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00, werden dem Beschuldigten auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO).
9. Dem amtlichen Verteidiger des Beschuldigten ist für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren eine Entschädigung auszurichten. Diese wird nach Eingang der Kostennote festgesetzt werden. Rechtsanwalt B._____ wird aufgefordert, eine Kostennote einzureichen.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Das Verfahren wird infolge Rückzugs der Berufung als erledigt abgeschlossen.

Das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Kollegialgericht) vom 20. März 2019 (PEN 2018 993/994) erwächst in Rechtskraft.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 750.00, werden dem Beschuldigten auferlegt.
3. Rechtsanwalt B._____ wird aufgefordert, **innert 10 Tagen** seine Kostennote für das Berufungsverfahren einzureichen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten, a.v.d. Rechtsanwalt B._____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- dem Amt für Bevölkerungsdienste, Migrationsdienst (MIDI)

Bern, 15. Mai 2020

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Schmid
i.V. Oberrichter Kiener

Der Gerichtsschreiber:

Müller

Die oberinstanzlichen Kosten werden durch das Regionalgericht Bern-Mittelland in Rechnung gestellt.

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.