

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 22 612

Bern, 29. März 2023

Besetzung

Oberrichter Knecht (Präsident i.V.), Oberrichter Schmid,
Oberrichter Horisberger
Gerichtsschreiberin Windler

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter 1

C. _____
a.v.d. Fürsprecher D. _____
Beschuldigter 2

gegen

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

und

E. _____
Strafkläger

Gegenstand

Angriff, einfache Körperverletzung, Widerhandlungen gegen das
Betäubungsmittelgesetz sowie Widerrufsverfahren

Berufung gegen das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland
(Einzelgericht) vom 18. August 2022 (PEN 21 463)



Regeste:

Art. 337 Abs. 3 StPO und Art. 409 Abs. 1 StPO; Auftrittspflicht der Staatsanwaltschaft, Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Rückweisung wegen Vorliegens eines wesentlichen Mangels

Die per 1. Januar 2018 in Kraft getretene Revision von Art. 46 Abs. 1 StGB und die damit einhergehende Rechtsprechung zur Gesamtstrafenbildung (vgl. BGE 145 IV 146 E. 2.3.5) sind bei der Beurteilung der Auftrittspflicht gemäss Art. 337 Abs. 3 StPO zu berücksichtigen (E. 12.2 und E. 12.3). Bei der Beurteilung der Auftrittspflicht der Staatsanwaltschaft ist von der gesamten Freiheitsstrafe auszugehen, die von der Staatsanwaltschaft beantragt wird, ungeachtet, wie sich diese zusammensetzt (E. 12.4 und E. 12.5).

Erwägungen:

1. Am 3. Mai 2021 erhob die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Region Bern-Mittelland, u.a. Anklage gegen A._____ (nachfolgend Beschuldigter 1) wegen Angriffs, einfacher Körperverletzung und Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und beantragte im Sinne einer Gesamtstrafe mit der zu widerrufenden Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von 23 Monaten sowie eine Übertretungsbusse von CHF 200.00. Gleichzeitig gab die Staatsanwaltschaft bekannt, dass sie auf eine Teilnahme an der Hauptverhandlung verzichte (vgl. Anklageschrift vom 3. Mai 2021, pag. 449 ff.).
2. Die Hauptverhandlung vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend Vorinstanz) fand am 16. August 2022 in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft statt (pag. 620 ff.).
3. Mit Urteil vom 18. August 2022 stellte die Vorinstanz u.a. das Strafverfahren gegen den Beschuldigten 1 wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz infolge Verjährung ein und sprach ihn von den Anschuldigungen des Angriffs und der einfachen Körperverletzung frei. Zum Widerrufsverfahren betreffend das Urteil des Tribunal correctionnel F._____ vom 15. November 2017 äussert sich das erstinstanzliche Urteilsdispositiv nicht (pag. 667 ff.).
4. Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft am 23. August 2022 die Berufung an (pag. 677). Die Berufungserklärung erfolgte fristgerecht am 30. November 2022 (pag. 735 ff.). Die Beschuldigten teilten mit Eingaben vom 5. Dezember 2022 (pag. 742) und 27. Dezember 2022 (pag. 750 ff.) mit, dass weder Anschlussberufung erklärt, noch Nichteintreten auf die Berufung der Generalstaatsanwaltschaft beantragt werde. Der Strakläger E._____ (nachfolgend Strakläger) liess sich nicht vernehmen.
5. Bereits mit Verfügung vom 2. Dezember 2022 (pag. 386 f.) wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zur Notwendigkeit der persönlichen Vertretung der Anklage vor der Vorinstanz durch die Staatsanwaltschaft (Art. 337 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]) und – sofern ein Verfahrensmangel vorliegen sollte – zur allfälligen Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rück-

weisung an die Vorinstanz zwecks Durchführung einer neuen Hauptverhandlung zu äussern (pag. 738 ff.).

6. Die Generalstaatsanwaltschaft nahm am 19. Dezember 2022 (pag. 748 f.) und der Beschuldigte 1 am 27. Dezember 2022 (pag. 750 ff.) Stellung. Der Beschuldigte 2 verzichtete auf eine Stellungnahme (pag. 742). Der Strafkkläger liess sich nicht vernehmen. Ein weiterer Schriftenwechsel fand nicht statt.

II.

7. Vorliegend ist zu beurteilen, ob die erstinstanzliche Verhandlung in Verletzung von Art. 337 StPO durchgeführt wurde. Wird dies bejaht, ist weiter darüber zu befinden, ob es sich um einen (nicht heilbaren) wesentlichen Mangel im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO handelt, was zur Aufhebung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und zur Rückweisung des Verfahrens an die erste Instanz führte.
8. Die Generalstaatsanwaltschaft spricht sich in ihrer Stellungnahme vom 29. Dezember 2022 (pag. 748 f.) für die Kassation des Urteils und die Zurückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung aus. Zur Begründung hielt sie zusammengefasst fest, dass die Staatsanwaltschaft nach Art. 337 Abs. 3 StPO die Anklage persönlich vor Gericht zu vertreten habe, wenn sie eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr beantrage. Gemäss Basler Kommentar zu Art. 337 StPO erfolge nach der herrschenden Lehre keine Zusammenrechnung der zu widerrufenden und der neu beantragten Strafe, da es sich beim Widerrufsverfahren und beim neuen Verfahren um zwei selbstständige Verfahren handle (SARAH WILDI, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N 16 zu Art. 337 StPO). Die Kommentatorin stelle sich auf den Standpunkt, dass eine Zusammenrechnung explizit im Gesetz verankert wäre, wenn dies der Wille des Gesetzgebers gewesen wäre. Dieses Argument verfange jedoch nicht. Auch in Art. 130 Bst. b StPO stelle sich die Frage der Zusammenrechnung (NIKLAUS RUCKSTUHL, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N 18 zu Art. 130 StPO mit Verweis auf BGE 129 I 281 E. 4.1; so auch VIKTOR LIEBER, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N 6 zu Art. 409 StPO [recte: N 17 zu Art. 130 StPO]). Diese Vorschrift korreliere mit der Bestimmung, wann die Staatsanwaltschaft im Hauptverfahren persönlich vor Gericht erscheinen müsse (NIKLAUS RUCKSTUHL, a.a.O., N 16 zu Art. 130 StPO). Eine Kassation habe gemäss Art. 409 Abs. 1 StPO zu erfolgen, wenn drei Voraussetzungen erfüllt seien: Der Mangel müsse sich auf das Verfahren beziehen, wesentlich sein und dürfe im Rechtsmittelverfahren nicht geheilt werden können (SVEN ZIMMERLIN, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N 6 zu Art. 409 StPO [recte: N 2 zu Art. 409 StPO]). ZIMMERLIN unterscheide absolute und relative Kassationsgründe, wobei das Ausbleiben der Staatsanwaltschaft trotz Anwesenheitspflicht als absoluter Nichtigkeitsgrund erachtet werde (SVEN ZIMMERLIN, a.a.O., N 6 zu Art. 409 StPO). Auch mit Verweis auf den Beschluss der ersten Strafkammer im Verfahren SK 13 106 habe im vorliegen-

den Fall somit keine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Mangels sowie verfahrensökonomischer Aspekte zu erfolgen. Diese sei gemäss ZIMMERLIN nur bei relativen Kassationsgründen angezeigt. Das Urteil sei zu kassieren und das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

9. Der Beschuldigte 1 gelangt in seiner Stellungnahme vom 27. Dezember 2022 (pag. 750 ff.) ebenfalls zum Schluss, dass das Urteil aufzuheben, und die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Zur Begründung führte er zusammengefasst aus, dass sich die Vorgehensweise des erstinstanzlich zuständigen Staatsanwaltes resp. der Verzicht auf eine Vorladung durch das zuständige Gericht grundsätzlich auf die im Kanton Bern bislang vorherrschende Praxis zu Art. 337 StPO stütze. Diese praktizierte Lösung erscheine in denjenigen Fällen, bei denen die Staatsanwaltschaft eine Strafe von unter einem Jahr beantrage und keinen Widerruf verlange (mithin das Ausfällen einer [Gesamt-]Freiheitsstrafe über einem Jahr oder ein Widerruf einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe lediglich denkbar sei) unproblematisch und nicht zu beanstanden. In diesem Zusammenhang könne auch auf die zutreffende Lehrmeinung GUT/FINGERHUTH verwiesen werden (BEAT GUT/THOMAS FINGERHUTH, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 3. Aufl. 2020, N 8 zu Art. 337 StPO). Die diesbezüglich gegenteilige Auffassung überzeuge nicht, da sich Art. 337 Abs. 3 StPO ausdrücklich und ausschliesslich darauf beziehe, welche Strafhöhe die Staatsanwaltschaft beantrage und nicht, welche Strafhöhe theoretisch denkbar wäre (unter Hinweis auf Urteil des Obergerichts Thurgau vom 4. Mai 2015, RBOG 2015 Nr. 24; SBR.2015.1). Letzteres könne mit Sicherheit nicht die Intention des Gesetzgebers zu Art. 337 StPO sein, da sich bei dieser Auslegungsart eine Unzahl von zusätzlichen und weitestgehend unnötigen persönlichen Anklagevertretungen ergeben würde. Es könne somit bei der Beurteilung der Frage des persönlichen Erscheinens ausschliesslich auf den Antrag der Staatsanwaltschaft ankommen. Von diesen Fällen abzugrenzen sei jedoch die vorliegend zu beurteilende Angelegenheit, in welcher die Staatsanwaltschaft selbst eine (Gesamt-)Freiheitsstrafe von deutlich über einem Jahr beantragt habe. In Art. 337 Abs. 3 StPO werde (im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 2 Bst. b und Art. 352 Abs. 1 StPO) weder der Widerruf noch die Gesamtfreiheitsstrafe explizit aufgeführt, sondern lediglich erwähnt, dass die Staatsanwaltschaft die Anklage persönlich vor Gericht zu vertreten habe, falls sie u.a. eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr beantrage. Die Auffassung, welche WILDI hierzu vertrete, überzeuge nicht (SARAH WILDI, a.a.O., N 16 zu Art. 337 StPO, insbesondere Fussnote 33). Entscheidend sei in diesem Zusammenhang vielmehr die Entstehungsgeschichte der vorliegenden Norm. Hintergrund der entsprechenden Einjahresgrenze sei offenbar die Überlegung, dass der Strafverfolgungsbehörde in der Untersuchung eine starke Stellung eingeräumt werde. Dieser Umstand sei gemäss den Überlegungen des Gesetzgebers mit grosser Verantwortung verbunden, welche sich vor allem durch die persönliche Teilnahme an der Hauptverhandlung äussern müsse. Insbesondere habe damit verhindert werden sollen, dass sich das Gericht in die Rolle des Anklägers gedrängt sehe, und so ein faires Verfahren im Sinne der EMRK gewährleistet werden solle (vgl. dazu die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., S. 1282; PETER GOLD-

SCHMID/THOMAS MAURER/JÜRG SOLLBERGER, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2007, S. 329 f. mit Hinweisen auf die Diskussion in den Eidgenössischen Räten). Der ratio legis hinter der vorliegend zu beurteilenden Norm folgend, sei der Antrag einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe durch die Staatsanwaltschaft persönlich zu vertreten. In diesem Zusammenhang dürfe es keine Rolle spielen, ob eine überjährige Strafe wegen den angeklagten Delikten verlangt werde oder sich die Strafhöhe aufgrund eines beantragten Widerrufs ergebe, da die Verantwortung der Strafverfolgungsbehörde dieselbe bleibe. Dies müsse vorliegend umso mehr gelten, als bei einem Widerruf zwingend ein unbedingter Vollzug beantragt werde. Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen könne nicht zweifelhaft sein, dass die Anklage im vorliegenden Fall durch die zuständige Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland persönlich hätte vertreten werden müssen. Werde sodann die Teilnahmepflicht der Staatsanwaltschaft vor dem erstinstanzlichen Gericht als gegeben angenommen, so sei die Angelegenheit zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung an dieses zurückzuweisen (vgl. Art. 337 Abs. 5 StPO).

10. Nach Art. 409 Abs. 1 StPO hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können.
11. Gemäss Art. 337 StPO kann die Staatsanwaltschaft dem Gericht schriftliche Anträge stellen oder persönlich vor Gericht auftreten (Abs. 1). Beantragt sie eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme, hat sie die Anklage persönlich vor Gericht zu vertreten (Abs. 3). Erscheint die Staatsanwaltschaft nicht an der Hauptverhandlung, obwohl sie dazu verpflichtet wäre, so wird die Verhandlung verschoben (Abs. 5). Wird eine Verhandlung in Verletzung von Art. 337 Abs. 5 StPO trotz Fehlens der Staatsanwaltschaft durchgeführt und nicht verschoben, stellt dies eine Verletzung dieser Verfahrensregel dar. Ist gegen ein solches Urteil als Ganzes oder in Teilen Berufung erhoben worden, so ist es vor oberer Instanz vollumfänglich zu kassieren und zur Neuurteilung – unter Verpflichtung zur Anwesenheit der Staatsanwaltschaft – an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. SARAH WILDI, a.a.O., N 26 zu Art. 337 StPO). Auch nach ZIMMERLIN stellt das Ausbleiben der Staatsanwaltschaft trotz Anwesenheitspflicht einen absoluten Nichtigkeitsgrund dar, der zur Kassation des Entscheids und zur Rückweisung an die Vorinstanz führen muss (SVEN ZIMMERLIN, a.a.O., N 6 zu Art. 409 StPO; vgl. ferner NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Prozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N 2 zu Art. 409 StPO, wonach die unterbliebene korrekte Vorladung für eine kassatorische Berufungserledigung in Betracht falle).
12. Vorliegend kann betreffend die Pflicht zur persönlichen Anwesenheit der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 337 Abs. 3 StPO vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft und des Beschuldigten 1 verwiesen werden.

- 12.1 Der Wortlaut von Art. 337 Abs. 3 StPO ist klar. Beantragt die Staatsanwaltschaft – wie im vorliegenden Fall – eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme, hat sie die Anklage persönlich vor Gericht zu vertreten. Dass die Mitberücksichtigung der gleichzeitig zu widerrufenden bedingten Sanktion in anderen Bestimmungen teilweise ausdrücklich erwähnt wird (vgl. Art. 19 Abs. 2 Bst. b und Art. 352 Abs. 1 StPO), ändert daran nichts. Wie von der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft zutreffend ausgeführt, vermag die in der Lehre vertretene Meinung, wonach die Dauer einer zu widerrufenden Freiheitsstrafe und die Dauer einer neu beantragten Freiheitsstrafe nicht «zusammenzurechnen» sind, nicht (mehr) zu überzeugen. So halten GUT/FINGERHUTH ohne weitere Begründung unter Verweis auf SCHMID/JOSITSCH einzig fest, dass anders als in Art. 19 Abs. 2 Bst. b, Art. 130 Bst. b oder Art. 352 Abs. 1 StPO die Freiheitsstrafen nicht zusammenzuzählen sind. (GUT/FINGERHUTH, a.a.O., N 8 zu Art. 337 StPO, ebenso bereits in der 2. Aufl. 2014). SCHMID/JOSITSCH, auf welche GUT/FINGERHUTH verweisen, halten ebenfalls ohne weitere Begründung fest, dass kein Zusammenzählen von der beantragten und der zu widerrufenden Sanktion erfolgt (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N 6 zu Art. 337 StPO, ebenso bereits in der 2. Aufl. 2013). Einzig WILDI, welche sich dieser Lehrmeinung anschliesst, begründet diese weiter. So stellten das Widerrufsverfahren und das neue Strafverfahren zwei eigenständige Verfahren dar und beziehe sich Art. 337 Abs. 3 StPO nur auf Anträge der Anklage, womit das neue Hauptverfahren, nicht aber das Widerrufsverfahren gemeint sei. Diese Abgrenzung gehe auch aus Art. 326 Abs. 1 lit. f und g StPO hervor, wo die Anträge zu den Sanktionen von den Anträgen über nachträgliche richterliche Entscheidungen abgegrenzt würden (WILDI, a.a.O., N 16 zu Art. 337 StPO).
- 12.2 Nach Ansicht der Kammer lässt diese Lehrmeinung die per 1. Januar 2018 in Kraft getretene Revision des Art. 46 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) unberücksichtigt. Weder GUT/FINGERHUTH noch SCHMID/JOSITSCH nehmen in ihrer 3. Auflage Bezug auf die erfolgte Revision des Art. 46 Abs. 1 StGB. Stattdessen übernahmen sie die Formulierung in ihrer früheren Auflage. Die Revision des Art. 46 Abs. 1 StGB hatte jedoch zur Folge, dass das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Gesamtstrafenbildung bei zu widerrufenden Sanktionen änderte. Vor der Revision war gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 46 Abs. 1 aStGB nur möglich, wenn eine früher bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umgewandelt und anschliessend eine Gesamtgeldstrafe gebildet wurde (BGE 134 IV 241 E. 4.1). War der Vollzug einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe zu widerrufen und gleichzeitig eine neue Freiheitsstrafe auszusprechen, erfolgte keine Gesamtstrafenbildung. Die Staatsanwaltschaft konnte nach altem Recht folglich nur betreffend das neue Strafverfahren eine Freiheitsstrafe beantragen und betreffend das Widerrufsverfahren den Widerruf des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe.
- 12.3 Mit Inkrafttreten des revidierten Art. 46 Abs. 1 StGB änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung dahingehend, dass bei einem Widerruf des bedingten Strafvollzugs das Gericht nunmehr mit der widerrufenen und der neuen Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden hat, sofern die widerrufenen und die neue Strafe gleichartig sind (BGE 145 IV 146 E. 2.3.5). Fordert die Staatsanwaltschaft im neuen Strafver-

fahren eine Freiheitsstrafe und im Widerrufsverfahren den Widerruf des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe, hat sie zwingend eine Gesamtfreiheitsstrafe zu beantragen und sich diesbezüglich zur Asperation zu äussern. Die Staatsanwaltschaft kann in ihrer Anklage Anträge, wie beispielhaft in der oben zitierten Lehre angeführt, somit nicht mehr stellen. Es kann insofern auch nicht von zwei völlig unabhängigen Verfahren gesprochen werden, hängt das Widerrufsverfahren doch massgeblich vom Ausgang des neuen Strafverfahrens ab und ist im Falle einer neu auszufällenden Freiheitsstrafe verbunden mit dem Widerruf des bedingten Vollzugs einer Freiheitsstrafe zwingend eine Gesamtfreiheitsstrafe zu bilden resp. von der Staatsanwaltschaft zu beantragen.

- 12.4 Das Abstellen auf die Höhe der beantragten Gesamtstrafe erscheint sodann auch mit Blick auf die damit korrelierende Regelung zur notwendigen Verteidigung in Art. 130 lit. b StPO angezeigt. Wie die Gewährung der notwendigen Verteidigung rechtfertigt sich der Auftritt der Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung durch die schwerwiegenden Konsequenzen, die der Ausgang des Verfahrens für den Betroffenen haben kann. Für den Beschuldigten entscheidend ist im Ergebnis die gesamte Dauer der vollziehbaren Strafe. Ob und wie sie sich konkret zusammensetzt, ist von untergeordneter Bedeutung. Sowohl bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Verteidigung als auch bei der Beurteilung der Auftrittspflicht der Staatsanwaltschaft ist deshalb von der gesamten Freiheitsstrafe auszugehen, die dem Beschuldigten droht (Art. 130 lit. b StPO) bzw. von der Staatsanwaltschaft beantragt wird (Art. 337 Abs. 3 StPO; zur notwendigen Verteidigung vgl. BGE 129 I 281 E. 4.1).
- 12.5 Nach dem Gesagten hat die Staatsanwaltschaft ihre Anklage persönlich vor Gericht zu vertreten, wenn sie eine Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als einem Jahr beantragt, ungeachtet, wie sich diese zusammensetzt. Die Staatsanwaltschaft hätte damit zwingend nach Art. 337 Abs. 3 StPO zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung vorgeladen und persönlich vor der Vorinstanz auftreten müssen. Indem dies nicht erfolgt ist, wurde die erstinstanzliche Verhandlung in Verletzung von Art. 337 StPO durchgeführt.
13. Die Kammer vertritt ferner die Auffassung, dass von einem im Berufungsverfahren nicht heilbaren wesentlichen Verfahrensmangel auszugehen ist, wenn die Hauptverhandlung in der ersten Instanz ohne Anwesenheit der Staatsanwaltschaft stattfand, obwohl sie zum Erscheinen verpflichtet gewesen wäre (absoluter Nichtigkeitsgrund; vgl. Urteile des Obergerichts des Kantons Bern SK 13 106 vom 25. Juni 2014 E. 8 und SK 17 456 vom 2. August 2018 E. 10). Das erstinstanzliche Verfahren weist somit einen Mangel im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO auf, der im Berufungsverfahren nicht geheilt werden kann. Das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 18. August 2022 ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Durchführung einer neuen erstinstanzlichen Hauptverhandlung in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen.
14. In Bezug auf den Beschuldigten 2 beantragte die Staatsanwaltschaft u.a. eine Geldstrafe von 180 Tagessätzen (pag. 453). Wären alleine die Vorwürfe gegen den Beschuldigten 2 gerichtlich zu beurteilen, käme der Staatsanwaltschaft somit keine

persönliche Anwesenheitspflicht an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu. Dem Beschuldigten 2 wird jedoch vorgeworfen, sich des Angriffs in Mittäterschaft u.a. mit dem Beschuldigten 2 und der Drohung (mehrfach begangen) strafbar gemacht zu haben (vgl. pag. 450 f.). Die angeklagten Straftaten gegen den Beschuldigten 1 und den Beschuldigten 2 sind deshalb gestützt auf Art. 29 Abs. 1 Bst. b StPO gemeinsam zu beurteilen, namentlich zwecks Vermeidung sich widersprechender Urteile. Das Urteil ist folglich betreffend den Beschuldigten 2 ebenfalls aufzuheben und zur Durchführung einer neuen erstinstanzlichen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen.

15. Da die erstinstanzliche Hauptverhandlung zu wiederholen und das Urteil aufzuheben ist, sind das Hauptverhandlungsprotokoll (pag. 620-648) und die Aufnahmen der Einvernahmen anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (pag. 675) sowie das Urteil samt Begründung (pag. 667-674 und 689-718) aus den Akten zu entfernen (Art. 409 Abs. 2 StPO). Damit einhergehend ebenfalls aus den Akten zu entfernen sind der vom Beschuldigten 2 eingereichte Vorabentscheid des G._____ (Invalidenversicherungsstelle) (pag. 650-657) und die von den Beschuldigten schriftlich zu den Akten gereichten Anträge (pag 658 und 662). Dem Beschuldigten 2 steht es frei, den Beweisantrag, den Vorabentscheid des G._____ (Invalidenversicherungsstelle) zu den Akten zu erkennen, erneut vor der Vorinstanz zu stellen.

III.

16. Hebt die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid auf und weist sie die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurück, so trägt der Kanton die Kosten des Rechtsmittelverfahrens und nach Ermessen der Rechtsmittelinstanz, jene der Vorinstanz (Art. 428 Abs. 4 StPO).
- 16.1 Nachdem vorliegend eine Kassation bloss bis vor Beginn der Hauptverhandlung erfolgt, rechtfertigt es sich, nur einen Teil der erstinstanzlichen Kosten des Hauptverfahrens auszuscheiden und vom Kanton tragen zu lassen (vgl. THOMAS DOMELSEN, in: Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, N 25 zu Art. 428 StPO und NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, a.a.O., N 15 zu Art. 428 StPO). Dieser Anteil wird bestimmt auf CHF 4'300.00 (Gerichtsgebühren inkl. schriftlicher Begründung und Widerrufsverfahren Beschuldigter 2). Soweit die korrekten Verfahrenshandlungen betreffend, die auch Basis des neuen Urteils bilden können, sind die diesbezüglichen Kosten beim Verfahren zu belassen (NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, a.a.O., N 15 zu Art. 428 StPO). Somit verbleiben Verfahrenskosten von insgesamt CHF 14'338.85 (Kosten und Auslagen der Untersuchung) im Verfahren, welche im Rahmen des neuen erstinstanzlichen Verfahrens zu liquidieren sein werden.
- 16.2 Die Kosten für das Berufungsverfahren von CHF 1'000.00 sind ebenfalls vom Kanton Bern zu tragen.
17. Hebt die Rechtsmittelinstanz einen Entscheid nach Art. 409 StPO auf, so haben die Parteien Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen

im Rechtsmittelverfahren und im aufgehobenen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 436 Abs. 3 StPO).

- 17.1 Rechtsanwalt B._____ weist in seiner Kostennote vom 12. August 2022 für die Vorbereitung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, das Verfassen des Parteivortrags und die Nachbetreuung des Klienten einen Zeitaufwand von insgesamt 10 Stunden aus (pag. 661). Für die Teilnahme an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstand mit Blick auf deren tatsächliche Dauer ein weiterer Zeitaufwand von 5.17 Stunden (pag. 620 ff.). Vor dem Hintergrund, dass die Vorbereitung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und der Parteivortrag bei der neu anzusetzenden erstinstanzlichen Hauptverhandlung grösstenteils nochmals Verwendung finden kann, sind von den insgesamt 15.17 Stunden ermessensweise 7.17 Stunden auszuscheiden (Dauer der Verhandlung zzgl. anteilmässig 2 Stunden an Vorbereitung, Parteivortrag und Nachbetreuung). Die Entschädigung von Rechtsanwalt B._____ für seine Aufwendungen im erstinstanzlichen Verfahren ist folglich im Umfang von insgesamt CHF 1'544.40 (7.17 Stunden à CHF 200.00, Auslagen CHF 0.00 und 7.7% Mehrwertsteuer CHF 110.40) vom Kanton Bern zu tragen. Für die Entschädigung in der Höhe von CHF 1'544.40 besteht infolge Aufhebung dieses Teils des erstinstanzlichen Verfahrens weder für den Kanton Bern ein Rückforderungsrecht noch für Rechtsanwalt B._____ ein Nachforderungsrecht gegenüber dem Beschuldigten 1 (Art. 135 Abs. 4 StPO e contrario). Rechtsanwalt B._____ erhielt vorschussweise eine amtliche Entschädigung von CHF 9'181.55 (pag. 492 ff.) sowie mit Auszahlung vom 22. September 2022 eine amtliche Entschädigung von CHF 4'906.15 (pag. 687) ausbezahlt. Die vorliegend festgelegte Entschädigung wurde durch den Kanton Bern somit bereits ausgerichtet.

Fürsprecher D._____ weist in seiner Kostennote vom 16. August 2022 für die Vorbereitung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, das Verfassen des Parteivortrags und die Nachbetreuung des Klienten seinerseits einen Zeitaufwand von insgesamt 9 Stunden aus (pag. 665). Für die Teilnahme an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstand mit Blick auf deren tatsächliche Dauer ein weiterer Zeitaufwand von 5.17 Stunden (pag. 620 ff.). Vor dem Hintergrund, dass die Vorbereitung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und der Parteivortrag bei der neu anzusetzenden erstinstanzlichen Hauptverhandlung grösstenteils nochmals Verwendung finden kann, sind von den insgesamt 14.17 Stunden ermessensweise 7.17 Stunden auszuscheiden (Dauer der Verhandlung zzgl. anteilmässig 2 Stunden an Vorbereitung, Parteivortrag und Nachbetreuung). Fürsprecher D._____ ist folglich vom Kanton Bern für seine Aufwendungen im erstinstanzlichen Verfahren eine Entschädigung von insgesamt CHF 1'544.40 (7.17 Stunden à CHF 200.00, Auslagen CHF 0.00 und 7.7% Mehrwertsteuer CHF 110.40) auszurichten. Für die Entschädigung in der Höhe von CHF 1'544.40 besteht infolge Aufhebung dieses Teils des erstinstanzlichen Verfahrens weder für den Kanton Bern ein Rückforderungsrecht noch für Fürsprecher D._____ ein Nachforderungsrecht gegenüber dem Beschuldigten 2 (Art. 135 Abs. 4 StPO e contrario). Fürsprecher D._____ erhielt mit Auszahlung vom 22. September 2022 eine amtliche Entschädigung von CHF 9'488.35 (pag. 688) ausbezahlt. Die vorliegend festgelegte Entschädigung wurde durch den Kanton Bern somit bereits ausgerichtet.

Der Strafkläger blieb der erstinstanzlichen Hauptverhandlung fern und es sind auch sonst keine entschädigungswürdigen Aufwendungen für das erstinstanzliche Verfahren ersichtlich.

Die gemäss Kostennoten verbleibenden restanzlichen Beträge in der Höhe von CHF 3'361.75 (CHF 4'906.15 - 1'544.40; Rechtsanwalt B._____, nach Abzug der Akontozahlung) und CHF 7'943.95 (CHF 9'488.35 - 1'544.40; Fürsprecher D._____) verbleiben im Verfahren und werden von der Vorinstanz neu zu beurteilen und je nach Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu verlegen sein. Dabei wird namentlich zu beachten sein, dass für die erstinstanzliche Hauptverhandlung, abweichend zu den Schätzungen in den Kostennoten, die tatsächliche (kürzere) Dauer von 5.17 Stunden entschädigt wurde.

- 17.2 Für das oberinstanzliche Verfahren reichte Rechtsanwalt B._____ am 8. März 2023 seine Kostennote ein (pag. 764 f.). Für die Redaktion der Stellungnahme vom 27. Dezember 2022 wird ein Zeitaufwand von 2.75 Stunden geltend gemacht. Mit Blick auf die sich vorliegend stellende, auf die Rechtsfrage der Kassation (infolge Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung) beschränkte Beurteilung erachtet die Kammer einen Zeitaufwand von maximal 2 Stunden für die Stellungnahme als geboten. Im Übrigen erscheint der geltend gemachte Aufwand als angemessen. Rechtsanwalt B._____ ist dementsprechend eine Entschädigung von 5.25 Stunden à CHF 200.00 zuzüglich Auslagen von CHF 30.40 und Mehrwertsteuer zu 7.7% von CHF 83.20, total ausmachend CHF 1'163.60, auszurichten, für die keine Rück- und Nachzahlungspflicht besteht.

Fürsprecher D._____ ist entsprechend der eingereichten und für angemessen erachteten Kostennote vom 8. März 2023 (pag. 760 f.) eine Entschädigung von 1.75 Stunden à CHF 200.00 zuzüglich Auslagen von CHF 10.00 und Mehrwertsteuer zu 7.7% von CHF 27.70, total ausmachend CHF 387.70, auszurichten, für die keine Rück- und Nachzahlungspflicht besteht.

Der Strafkläger hat sich im oberinstanzlichen Verfahren nicht vernehmen lassen. Entschädigungswürdige Aufwendungen sind keine ersichtlich.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Das Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland (Einzelgericht) vom 18. August 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurückgewiesen.
2. Von den eingereichten Kostennoten von Rechtsanwalt B._____, datierend vom 8. März 2023, und von Rechtsanwalt D._____, datierend vom 8. März 2023, für die Aufwendungen im oberinstanzlichen Verfahren wird Kenntnis genommen und durch Zustellung von Kopien an die jeweils anderen Parteien gegeben.
3. Das Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (pag. 620-648), die Aufnahmen der Einvernahmen anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (pag. 675), der vom Beschuldigten 2 eingereichte Vorabentscheid des G._____, (Invalidenversicherungsstelle) (pag. 650-657), die von den Beschuldigten schriftlich eingereichten Anträge (pag. 658 und 662) sowie das erstinstanzliche Urteil mitsamt Begründung (pag. 667-674 und 689-718) sind aus den Akten zu entfernen.
4. Von den erstinstanzlichen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 18'638.85 werden CHF 4'300.00 ausgeschieden und vom Kanton Bern getragen (Gebühren des Gerichts). Somit verbleiben CHF 14'338.85 im Verfahren (Kosten und Auslagen der Untersuchung).
5. Die oberinstanzlichen Verfahrenskosten von CHF 1'000.00 werden vom Kanton Bern getragen.
6. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschuldigten 1, Rechtsanwalt B._____, wird für den aufgehobenen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens sowie das oberinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt:

Aufgehobener Teil des erstinstanzlichen Verfahrens					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		7.17	200.00	CHF	1'434.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	0.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'434.00	CHF	110.40
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'544.40

Obere Instanz					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		5.25	200.00	CHF	1'050.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	30.40
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'080.40	CHF	83.20
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'163.60

7. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers des Beschuldigten 2, Fürsprecher D._____, wird für den aufgehobenen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens sowie das oberinstanzliche Verfahren wie folgt bestimmt:

Aufgehobener Teil des erstinstanzlichen Verfahrens					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		7.17	200.00	CHF	1'434.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	0.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	1'434.00	CHF	110.40
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	1'544.40

Obere Instanz					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		1.75	200.00	CHF	350.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	10.00
Mehrwertsteuer	7.7%	auf CHF	360.00	CHF	27.70
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	387.70

8. Dem Strafkörper wird für den aufgehobenen Teil des erstinstanzlichen Verfahrens sowie das oberinstanzliche Verfahren keine Entschädigung zugesprochen.
9. Zu eröffnen:
- dem Beschuldigten 1, a.v.d. Rechtsanwalt B._____
 - dem Beschuldigten 2, a.v.d. Fürsprecher D._____
 - dem Strafkörper
 - der Generalstaatsanwaltschaft
 - der Vorinstanz mit den Akten

Bern, 29. März 2023

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Knecht

Die Gerichtsschreiberin:

Windler

Rechtsmittelbelehrung

Gegen den Entschädigungsentscheid kann die amtliche Verteidigung innert 10 Tagen seit Eröffnung des Urteilsdispositivs bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, Viale Stefano Franscini 7, 6500 Bellinzona, schriftlich und begründet Beschwerde führen (Art. 135 Abs. 3 lit. b StPO, Art. 396 Abs. 1 StPO).

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung 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.