

# **BE\_ZIVILSTRAF BK 2020 452 vom 6. November 2020**

BE Obergericht, 2020-11-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_BK\\_2020\\_452](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2020_452)

FR: BE\_ZIVILSTRAF BK 2020 452 du 6 novembre 2020

IT: BE\_ZIVILSTRAF BK 2020 452 del 6 novembre 2020

## **Regeste**

Anordnung Untersuchungshaft | ZMG Haft (393-c)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Entscheid vom 23. Oktober 2020 des Zwangsmassnahmengerichts Emmental-Oberaargau sei aufzuheben.

### **E. 2**

Die Sache sei zur Neuurteilung unter Gewährung der Parteirechte an die Vorinstanz zurück- zuweisen.

### **E. 3**

tober 2020 ein Fax vorfinde, mittels welchem die Frist zur Stellungnahme gleichen- tags auf 11:00 Uhr angesetzt werde. Für eine derart kurze Frist habe kein Grund bestanden. Die Verteidigung sei am Vormittag des 23. Oktober 2020 aufgrund ei- nes anderweitigen Termins büroabwesend gewesen und habe erst um 12:35 Uhr Kenntnis vom Fax und der bereits verstrichenen Frist zur Stellungnahme erlangt. Er habe das Zwangsmassnahmengericht umgehend telefonisch um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme bis mindestens um 15:00 Uhr ersucht. Diesem Ersuchen sei das Zwangsmassnahmengericht nicht nachgekommen. Es habe entschieden, ohne die telefonisch angekündigte und um 13:47 Uhr versandte Stellungnahme der Verteidigung zu berücksichtigen. Der Verteidiger könne nicht verpflichtet werden, das Faxgerät jederzeit zu überwachen. Erst recht nicht, wenn die maximale Haft- frist noch lange nicht erreicht sei und er kein Orientierungsdoppel des Haftantrags erhalten habe. Es wäre dem Zwangsmassnahmengericht ein Leichtes gewesen, ihn auf den Versand des Faxes hinzuweisen, beispielsweise durch Telefon oder (Vor-)Ankündigung per Mail. Auch im Hinblick auf die behördliche Empfehlung zum Homeoffice könne nicht erwartet werden, dass alle drei Stunden das Faxgerät ge- sichtet werde. Daran ändere nichts, dass das Fax anscheinend am Vorabend um 18:37 Uhr versandt worden sei. Auch zur Überwachung des Faxgerätes ausserhalb der gängigen Bürozeiten sei die Verteidigung nicht verpflichtet. Selbst wenn die Verfügung [rechtsgenüßlich] eröffnet worden wäre, hätte weder in rechtlicher noch in sachlicher Hinsicht Anlass bestanden, eine derart kurze Frist anzusetzen.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Eröffnung und Fristauslösung ausschliesslich per Fax sei unzulässig. Es treffe zwar zu, dass der Verteidiger des Beschwerdeführers mit der Übermitt- lung einer Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts betreffend Fristansetzung für eine Stellungnahme zur

beantragten Untersuchungshaft habe rechnen müssen. Aufgrund der noch lange dauernden 96-Stunden-Frist (bis am 24. Oktober 2020) habe er indes damit rechnen dürfen, dass die Verfügung erst im Verlauf des 23. Oktober 2020 übermittelt und die darin angesetzte Frist voraussichtlich gegen den Abend des 23. Oktober 2020 oder gar am Morgen des 24. Oktober 2020 ein- den werde. Er habe nicht damit rechnen müssen, dass er am Morgen des 23. Ok-

### **E. 3.2**

Das Zwangsmassnahmengericht hält fest, die Hafteinvernahme habe am 21. Okto- ber 2020 bis um 15:10 Uhr gedauert. Der Verteidiger habe danach gewusst, dass die Staatsanwaltschaft nun unverzüglich dem Zwangsmassnahmengericht die An- ordnung der Untersuchungshaft beantragen werde. Unter diesem Gesichtspunkt sei ihm genügend Zeit geblieben, um eine Stellungnahme zu verfassen. Ebenso seien dem Verteidiger die kurzen Fristen vor dem Zwangsmassnahmengericht be- kannt. Die schriftliche Stellungnahme des Verteidigers sei beim Zwangsmassnah- mengericht um 13:49 Uhr per Fax eingelangt, d.h. beinahe drei Stunden nach Fristablauf. Die Stellungnahme sei deshalb im Entscheid nicht berücksichtigt wor- den.

### **E. 3.3**

Gemäss Art. 85 StPO bedienen sich die Strafbehörden für ihre Mitteilungen der Schriftform, soweit dieses Gesetz nichts Abweichendes bestimmt (Abs. 1). Die Zu- stellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, insbesondere durch die Polizei (Abs. 2). Die Einhaltung der Zustellungsvorschriften ist Gültigkeitserfordernis (ARQUINT, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 85 StPO). Verfü- gungen oder Entscheide, die der betroffenen Person nicht rechtsgültig eröffnet worden sind, entfalten grundsätzlich keine Rechtswirkung (BGE 144 IV 57 E. 2.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_554/2020 vom 23. September 2020 E. 1.3.1). Art. 85 StPO dient der Sicherstellung des rechtlichen Gehörs der Verfah- rensbeteiligten. Die Einhaltung von Art. 85 Abs. 2 StPO ermöglicht den Behörden, den ihnen obliegenden Nachweis des ordnungsgemässen Empfangs einer Mittei- lung zu erbringen, was wiederum Voraussetzung für den Beginn eines Fristenlaufs und den Eintritt allfälliger Säumnisfolgen ist (BRÜHSCHWEILER/NADIG/SCHNEEBELI, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 3 zu

### **E. 3.4**

Der Beschwerdeführer wurde am 20. Oktober 2020 um 22:20 Uhr angehalten und anschliessend festgenommen. Die 96-Stunden-Frist, innert welcher das Zwangs- massnahmengericht einen Entscheid seit der Festnahme zu eröffnen hat, lief folg- lich am Abend des 24. Oktober 2020 aus (vgl. Art. 224 Abs. 2 i.V.m. Art. 226 Abs. 1 StPO). Die Hafteröffnung vor der Staatsanwaltschaft fand am 21. Oktober 2020 un- ter Beisein des Verteidigers des Beschwerdeführers statt (Schluss der Einvernah- me: 15:10 Uhr). Ab diesem Zeitpunkt wusste der Verteidiger, dass die Staatsan- waltschaft beabsichtigt, beim Zwangsmassnahmengericht Untersuchungshaft zu beantragen. Folglich musste er ab diesem Zeitpunkt jederzeit – ungeachtet der 96 Stunden-Frist – mit einem Haftantrag der Staatsanwaltschaft und darauf folgend der Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts betreffend Fristansetzung zur Stellungnahme rechnen. Dass der Verteidiger in dieser Situation während hängigen Haftverfahrens einen halben Tag das Faxgerät nicht sichtete

resp. sichten liess, er- scheint doch recht fragwürdig. Als bernischer Rechtsanwalt mussten ihm die Ge- pflagenheiten der bernischen Zwangsmassnahmengerichte bekannt sein, wonach sich diese angesichts des Beschleunigungsgebots, welchem im Haftverfahren besondere Bedeutung zukommt (vgl. Art. 5 Abs. 2 StPO), und der kurzen Fristen oft- mals des Faxes bedienen. Es wäre in der vorliegenden Situation zu erwarten ge- wesen, dass der Verteidiger sichergestellt hätte, dass ihn Faxeingaben zeitgerecht erreichen. Dies auch, wenn von Seiten des Bundesrats Arbeit im Homeoffice emp- fohlen wird. Auch diesfalls ist zu erwarten, dass die zeitgerechte Kenntnisnahme von Faxeingaben sichergestellt ist, soweit der Empfang von Eingaben per Fax an- geboten wird (vgl. dazu die Faxangaben im Briefkopf des Verteidigers).

### **E. 3.5**

Diese Feststellungen betreffend die Verteidigung und auch die Tatsache, dass dem Fax im Haftverfahren angesichts der kurzen Fristen und des Beschleunigungsge- bots besondere Bedeutung zukommt, ändern im Ergebnis indes nichts daran, dass die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 22. Oktober 2020 dem Ver- teidiger einzig per Fax zugesandt wurde. Die Verfügung wurde folglich nicht rechtsgültig eröffnet und konnte daher keine fristauslösende Wirkung zeitigen (vgl. E. 3.3 hiervor). Dass das Zwangsmassnahmengericht sich allenfalls telefonisch oder per E-Mail vergewissert hätte, ob das Fax vom Verteidiger zur Kenntnis ge- nommen worden war, ergibt sich aus den Akten nicht und wird auch vom Zwangs- massnahmengericht nicht geltend gemacht. Die Verfügung kann folglich auch nicht

### **E. 3.6**

Eine Gehörsverletzung kann ausnahmsweise geheilt werden, sofern die Kognition der Rechtsmittelinstanz nicht eingeschränkt ist, dem Beschwerdeführer kein Nach- teil erwächst und seine Parteirechte nicht in besonders schwerwiegender Weise verletzt wurden (BGE 135 I 279 E. 2.6.1; 134 I 140 E. 5.5; 126 I 68 E. 2). Vorliegend ist eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung nicht angezeigt. Die Beschwerdekammer in Strafsachen hat schon mehrfach festgehalten, dass ei- ne Zustellung per Fax den Zustellvorschriften nicht zu genügen vermag (vgl. Be- schluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 18 181 vom 16. Mai 2018 E. 4.2). Die vorliegende Situation ist zudem insoweit besonders geartet, als sich das Zwangsmassnahmengericht nicht vergewissert hat, dass seine per Fax versandte Verfügung zur Kenntnis genommen wurde und es gleichwohl eine zwei Stunden vor Entscheidversand eingereichte und am Mittag angekündigte Stellungnahme des Verteidigers nicht berücksichtigt hat, obwohl deren Berücksichtigung offen- sichtlich noch möglich gewesen wäre. In einer solchen Situation drängt sich keine

### **E. 3.7**

Nach dem Gesagten ist der Entscheid des Regionalen Zwangsmassnahmege- richts Emmental-Oberaargau vom 23. Oktober 2020 (ARR 20 78) zu kassieren und die Sache zur erneuten Beurteilung unter Gewährung der Parteirechte an das Zwangsmassnahmengericht zurückzuweisen. Die Gutheissung der Beschwerde und die Aufhebung des angefochtenen Ent- scheids führen nicht automatisch zur Haftentlassung. Da die Haftvoraussetzungen nicht offensichtlich fehlen, kommt eine Haftentlassung nicht in Betracht. Angesichts der Ermittlungsergebnisse (insbesondere der Observationsergebnisse) ist prima facie der dringende Tatverdacht, dass der Beschwerdeführer diverse Einbruch- diebstähle begangen hat, gegeben. Die besonderen Haftgründe der Kollusionsge- fahr und der Fluchtgefahr

werden vom Beschwerdeführer – prima facie zu Recht – nicht in Abrede gestellt. Eine Haftentlassung wird denn auch vom Beschwerdeführer nicht beantragt.

### **E. 3.8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens, festgesetzt auf CHF 400.00, sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, vom Kanton Bern zu tragen (Art. 423 Abs. 1 i.V.m. Art. 428 Abs. 1 und 4 StPO).

### **E. 3.9**

Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für seine Aufwendungen im erstinstanzlichen sowie im Beschwerdeverfahren ist im Endentscheid durch die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht festzusetzen (Art. 135 Abs. 2 StPO). Es ist darauf hinzuweisen, dass derjenige Teil der Entschädigung, welche auf das erstinstanzliche Haftanordnungsverfahren ARR 20 78 und das Beschwerdeverfahren fällt, – im Falle einer Verurteilung des Beschwerdeführers – von der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO ausgenommen ist. Der Beschwerdeführer hat diese Kosten weder dem Kanton Bern zurückzubezahlen, noch muss er dem amtlichen Anwalt die Differenz zwischen dem amtlichen und dem vollen Honorar erstatten.

### **E. 4**

Art. 85 StPO). Wenn das Gesetz Schriftlichkeit vorschreibt, sind Eingaben zu datieren und zu unterzeichnen. Diesem Erfordernis wird ein Telefax, welcher nicht die Originalunterschrift, sondern lediglich eine Kopie derselben enthält, nicht gerecht (BGE 142 IV 299 E. 1.3.3 mit weiteren Hinweisen). Die Bestimmungen der Strafprozessordnung zum Haftverfahren sehen – trotz der in Haftsachen kürzeren zeitlichen Rahmenbedingungen – keine von Art. 85 Abs. 2 StPO abweichende Regelung vor. Auch in Haftverfahren nach Art. 224 ff. StPO hat somit ein Fax grundsätzlich keine fristauslösende Wirkung. Eine Zustellung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ungeachtet der Verletzung von Art. 85 Abs. 2 StPO dann gültig erfolgt, wenn die Kenntnisnahme des Empfängers auf andere Weise bewiesen werden kann und die zu schützenden Interessen des Empfängers (Informationsrecht) gewährt werden (BGE 144 IV 57 E. 2.3.2 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_554/2020 vom 23. September 2020 E. 1.3.1).

### **E. 5**

ungeachtet der Verletzung von Art. 85 Abs. 2 StPO als gültig erfolgt gelten (vgl. dazu E. 3.3 hiervor). Mangels anderweitiger Beweise ist mit den Ausführungen des Verteidigers davon auszugehen, dass dieser erst am 23. Oktober 2020 um 12:35 Uhr Kenntnis von der Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 22. Oktober 2020 erlangt hat (vgl. Ziff. III/A/3, S. 3 der Beschwerde). Der Verteidiger hat daraufhin umgehend das Zwangsmassnahmengericht telefonisch kontaktiert (12:41 Uhr; vgl. Aktennotiz des Zwangsmassnahmengerichts vom 23. Oktober 2020) und um Gewährung der Möglichkeit zur Einreichung einer Stellungnahme bis um 15:00 Uhr ersucht, d.h. innert rund 2.5 Stunden. Dass das Zwangsmassnahmengericht in dieser Situation und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die 96 Stunden-Frist offensichtlich noch lange nicht auslief (späterer Abend des 24. Oktober 2020), die angekündigte und am 23. Oktober 2020 um 13:47 Uhr per Fax zugestellte Stellungnahme des Verteidigers in seinem Entscheid nicht berücksichtigt hat, verletzt Bundesrecht. Dem Zwangsmassnahmengericht

hätte am Freitagnachmittag des 23. Oktober 2020 um 15:00 Uhr bzw. effektiv um 13:47 Uhr noch hinreichend Zeit zur Verfügung gestanden, die Stellungnahme zur berücksichtigen, zumal der angefochtene Entscheid dem Verteidiger erst am 23. Oktober 2020 um 15:48 Uhr vorab per Fax versandt wurde. Indem das Zwangsmassnahmengericht die umgehend nach Kenntnisnahme der Verfügung vom 22. Oktober 2020 angekündigte und eine Stunde und 6 Minuten später per Fax eingereichte Stellungnahme des Verteidigers nicht berücksichtigt, obwohl es die Verfügung vom 22. Oktober 2020 nur per Fax versandt und sich auch nicht versichert hatte, dass der Verteidiger davon Kenntnis erlangt hat, schränkte es den aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) fliessenden Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in unzulässiger Weise ein. Es geht nicht an, einerseits die Verfügung zur Stellungnahme ohne Rückversicherung der effektiven Kenntnisnahme einzig per Fax zu versenden und andererseits in einer solchen Situation eine umgehend nach Kenntnisnahme der Verfügung noch vor Versand des Haftentscheides beantragte und eingereichte Stellungnahme nicht zu berücksichtigen.

#### **E. 6**

Heilung der Gehörsverletzung auf. Der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer bzw. dessen Verteidiger zum Haftanordnungsantrag nicht hat vernehmen lassen können, stellt eine schwere Verletzung der Parteirechte dar. Die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache an das Zwangsmassnahmengericht zur Neuurteilung unter Gewährung der Parteirechte wurde denn auch vom Beschwerdeführer beantragt.

#### **E. 7**

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.