

# **BE\_ZIVILSTRAF SK 2017 133 vom 6. September 2017**

BE Obergericht, 2017-09-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_SK\\_2017\\_133](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_SK_2017_133)

FR: BE\_ZIVILSTRAF SK 2017 133 du 6 septembre 2017

IT: BE\_ZIVILSTRAF SK 2017 133 del 6 settembre 2017

## **Regeste**

Neubeurteilung, Kostenverlegung bei Verfahrenseinstellung aufgrund Verletzung des Beschleunigungsgebots | Strafgesetz

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Urteil der 2. Strafkammer vom 4. August 2016 (SK 13 372) Mit Urteil vom 4. August 2016 erklärte die Kammer A.\_\_\_\_\_ der fahrlässigen Tötung, begangen am 9. Dezember 2003 in Bern z.N. C.\_\_\_\_\_, schuldig. Von einer Bestrafung wurde zufolge Verletzung des Beschleunigungsgebots Umgang genommen. Gegen dieses Urteil führte A.\_\_\_\_\_ Beschwerde in Strafsachen beim Bundes- gericht. Er beantragte, das Urteil sei aufzuheben und er sei von der Anklage der fahrlässigen Tötung freizusprechen, eventualiter sei das Verfahren einzustellen.

### **E. 2**

Urteil des Bundesgerichts 6B\_1031/2016 vom 23. März 2017 Mit Urteil vom 23. März 2017 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und hob das Urteil der 2. Strafkammer vom 4. August 2016 auf. Das Bundesgericht stellte das Strafverfahren gegen A.\_\_\_\_\_ reformatorisch ein und wies die Sache zur Neuverlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Kammer zurück. Das Bundesgericht erwog, die Kammer habe zu Recht eine Sorgfaltspflichtverletzung bejaht. Das angefochtene Urteil verletzte in diesem Punkt kein Bundesrecht (E. 7.1 in fine). Indessen liege eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor, welche als einzig angemessene Sanktion die Einstellung des Verfahrens nach sich ziehen müsse (E. 8.4).

### **E. 3**

Die Generalstaatsanwaltschaft beantragte in ihrer begründeten Stellungnahme vom 18. Mai 2017 (pag. 1443 f.) was folgt: «1. Dem Berufungsführer sei ein Teil der Verfahrenskosten nach gerichtlichem Ermessen auf- zuerlegen. 2. Die übrigen Kosten seien durch den Staat zu tragen.» Am 18. Mai 2017 verfügte die Verfahrensleitung, dass kein weiterer Schriftenwech- sel angeordnet werde. Der Berufungsführer wurde zur Einreichung einer Kostenno- te für das aktuelle Neubeurteilungsverfahren aufgefordert (pag. 1445 f.). Die Honorarnote langte am 26. Mai 2017 ein (pag. 1447 f.).

### **E. 4**

Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer Das vorliegende Verfahren der Neubeurteilung beschränkt sich nach der verbindli- chen Vorgabe des Bundesgerichts auf die Verlegung der Kosten- und Entschädi- gungsfolgen des kantonalen Verfahrens. II. Vorbringen der Parteien

### **E. 4.3**

mit Hinweisen). Jedenfalls fällt eine Auferlegung von Kosten an die beschuldigte Person insoweit ausser Betracht, als die Behörde aus Übereifer, aufgrund unrichtiger Beurteilung der Rechtslage oder vorschnell eine Strafuntersuchung eingeleitet hat. Dies entspricht auch dem Grundsatz, dass der Überbindung von Verfahrenskosten an die beschuldigte Person bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens Ausnahmekarakter zukommt (BGE 116 Ia 162 E. 2c S. 170 f. mit Hinweisen). Die Haftung der beschuldigten Person darf nicht weiter gehen, als der Kausalzusammenhang zwischen dem ihr vorgeworfenen fehlerhaften Verhalten und den Kosten verursachenden behördlichen Handlungen reicht. [...]» Diese Grundsätze gelten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch in Bezug auf den Anspruch der beschuldigten Person auf Entschädigung und Genugtuung bei Verfahrenseinstellung. Dazu hielt das Bundesgericht jüngst etwa in seinem Urteil 6B\_1040/2016 vom 2. Juni 2017 E. 1.1.2. fest: «Gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO hat die beschuldigte Person, wenn sie ganz oder teilweise freigesprochen oder das Verfahren gegen sie eingestellt wird, unter anderem Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte. Die Strafbehörde kann die Entschädigung herabsetzen oder verweigern, wenn die beschuldigte Person rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO). Die Grundsätze zur Auflage von Verfahrenskosten trotz Freispruch oder Verfahrenseinstellung gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO gelten auch bei der Beurteilung, ob eine Entschädigung (oder Genugtuung) im Sinne von Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO herabzusetzen oder zu verweigern ist. Der Kostenentscheid präjudiziert die Entschädigungsfrage. Bei Auferlegung der Kosten ist grundsätzlich keine Entschädigung auszurichten. Umgekehrt hat die beschuldigte Person Anspruch auf Entschädigung, soweit die Kosten von der Staatskasse übernommen werden (BGE 137 IV 352 E. 2.4.2 7 S. 357; Urteile 6B\_877/2016 vom 13. Januar 2017 E. 5.4; 6B\_1247/2015 vom 15. April 2016 E. 1.3 mit Hinweisen).»

### **E. 5**

**Berufungsführer** Der Berufungsführer lässt vorbringen, es sei vom Grundsatz auszugehen, wonach die Verfahrenskosten vom Kanton zu tragen sind (Art. 423 StPO). Eine ausnahmsweise Kostenaufgabe an die beschuldigte Person setze gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO ein rechtswidriges und schuldhaftes Bewirken der Verfahrenseinstellung voraus. Bei Einstellung des Verfahrens dürfe die Kostenaufgabe keiner Verdachtsstrafe gleichkommen. Praxisgemäss bedürfe es eines klaren Vorstosses gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm sowie einer groben Fahrlässigkeit (mit Verweis auf YVONA GRIESSER, in: Dönnatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 14 zu Art. 426 StPO). Der Berufungsführer dürfe nicht schlechter wegkommen, als wenn die Kammer im Zeitpunkt des beidseitigen Antrags der Parteien das Verfahren eingestellt hätte, wobei schon damals eine Verknüpfung der Kostenaufgabe mit einer strafrechtlichen Missbilligung zu vermeiden gewesen wäre. Nachdem der Kanton Bern ein gutes Jahrzehnt gebraucht habe, um aus dem Strauss der vielen erörterten und angedachten möglichen Sorgfaltspflichtverletzungen eine herauszufiltern, die dem Berufungsführer schliesslich zum Vorwurf gereicht habe, könne weder von einer klaren Rechtsverletzung noch von einem groben Fehlverhalten ausgegangen werden. Es bestehe mithin kein Begründungsansatz, dem Berufungsführer die Verfahrenskosten aufzuerlegen, es sei denn, man verknüpfe diese Auflage mit dem

strafrechtlichen Vorwurf der fahrlässigen Tötung, was unzulässig sei. So habe das Bundesgericht das Urteil der Kammer vom 4. August 2016 in Gutheissung der Beschwerde integral aufgehoben. Dies anders als noch im früheren

4 Rückweisungsentscheid (Urteil 6B\_984/2009 vom 25. Februar 2010), in welchem die Beschwerde lediglich teilweise gutgeheissen und entsprechend lediglich eine teilweise Verfahrenskostenaufgabe verfügt worden sei. Dieser Umstand zeige klar, dass es einzig auf den Ausgang des Verfahrens ankomme, wie ihn die Kammer richtigerweise hätte verfügen müssen, mithin die Einstellung. Analoges müsse für die Frage der Parteientschädigung gelten. Es gebe keinen Grund, dem Berufungsführer eine volle Entschädigung zu verweigern.

#### **E. 6**

**Generalstaatsanwaltschaft** Die Generalstaatsanwaltschaft ist hingegen der Ansicht, der Berufungsführer habe gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstossen und hafte für die Pflichtverletzung grundsätzlich sowohl in strafrechtlicher wie auch in zivilrechtlicher Hinsicht (mit Verweis auf BGE 130 IV 7 E. 3.3). Dass er infolge Verletzung des Beschleunigungsgebots straflos bleibe, ändere nichts daran, dass er in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise gehandelt und dadurch kausal das Strafverfahren veranlasst habe. Diesem Umstand müsse im Kostenentscheid Rechnung getragen werden, indem dem Berufungsführer mindestens ein in das gerichtliche Ermessen gestellter Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen sei. Analog sei mit der Entschädigung zu verfahren. III. Erwägungen der Kammer

#### **E. 7**

**Gesetzliche Grundlagen** Die Verlegung der Kosten (Art. 422 StPO) richtet sich nach dem Grundsatz, wozu Kosten zu tragen hat, wer sie verursacht. Enthält das Gesetz keine abweichenden Bestimmungen, werden die Verfahrenskosten nach Art. 423 Abs. 1 StPO vom Bund oder dem Kanton getragen, der das Verfahren geführt hat. Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 Satz 1 StPO). Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Erwirkt eine Partei, die ein Rechtsmittel ergriffen hat, einen für sie günstigeren Entscheid, so können ihr die Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn die Voraussetzungen für das Obsiegen erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen worden sind (Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO). Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO; für das Rechtsmittelverfahren Art. 436 Abs. 1 StPO). Die Strafbehörde kann die Entschädigung herabsetzen oder verweigern, wenn die beschul-

digte Person rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO). Im Rechtsmittelverfahren kann die Entschädigung zudem u.a. dann herabgesetzt werden, wenn die Voraussetzungen für das Obsiegen erst im Rechtsmittelverfahren geschaffen worden sind (Art. 430 Abs. 2 i.V.m. Art. 428 Abs. 2 lit. a StPO).

## **E. 8**

Allgemeines zur Verlegung der Kosten bei Kassation durch das Bundesgericht Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde ganz oder teilweise gut und weist es die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück, so hat diese Instanz auch über die Verfahrenskosten des Neubeurteilungsverfahrens nach den Regeln von Art. 428 StPO und über diejenigen des ersten aufgehobenen Verfahrens nach Billigkeitsüberlegungen zu entscheiden, sofern sie bei ihrem neuen Kostenentscheid nicht an die rechtliche Beurteilung des Bundesgerichts gebunden ist. Bei ihren Billigkeitsüberlegungen muss sich die Berufungsinstanz vom Grundsatz leiten lassen, dass die Partei, die den kassatorischen Entscheid des Bundesgerichts erwirkt hat, kostenmässig nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn schon im ersten Verfahren im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen entschieden worden wäre. Im Regelfall ist zudem davon auszugehen, dass die beschuldigte Person Verfahrenshandlungen, die aufgrund des kassatorischen Entscheids des Bundesgerichts wiederholt werden müssen, nicht verursacht hat, weshalb die dadurch entstandenen Verfahrenskosten grundsätzlich vom Kanton zu tragen sind (THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 34 zu Art. 428 StPO).

## **E. 9**

Auch mit Blick auf den Sinn und Zweck der Kostenaufgabe, nämlich den Schutz der Staatsfinanzen und damit der Steuerzahlenden vor einer Belastung mit Verfahrenskosten, die eine beschuldigte Person durch vorwerfbares Verhalten verursacht hat, ist eine Beschränkung des Verschuldens auf grobe Fahrlässigkeit nicht angezeigt. Weshalb die Staatsfinanzen nur bei grob fahrlässigem Verhalten der beschuldigten Person geschützt werden sollen, ist nicht ersichtlich. Eine Einschränkung der Kostentragungspflicht auf grob fahrlässiges Verhalten drängt sich deshalb nicht auf (so auch Obergericht des Kantons Zürich, Verfügung UH150086 vom 9. Juli 2015 E. 8, abrufbar unter [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)). Auch das Bundesgericht hat im Übrigen festgehalten: «L'acte reproché doit constituer une violation claire de la norme du comportement [...]. L'acte répréhensible ne doit pas nécessairement être commis intentionnellement. La négligence suffit, sans qu'il soit besoin qu'elle soit grossière» (Urteil 1B/377/2012 vom 25. Juni 2013 E. 2.1.1, mit Verweis auf BGE 109 Ia 160 E. 4a, wobei letzterer Leitentscheid allerdings noch zur luzernischen Strafprozessordnung erging, welche für die Kostenaufgabe ein verwerfliches, leichtfertiges oder verdächtiges Verhalten voraussetzte).

### **E. 9.1**

Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zu den Voraussetzungen der Kostentragung der beschuldigten Person trotz Einstellung des Verfahrens besteht eine reiche bundesgerichtliche Praxis, welche etwa jüngst im Urteil 6B\_241/2015 vom 26. Januar 2017 wie folgt zusammengefasst wurde: «1.3.1. Gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO können der beschuldigten Person bei Einstellung des Verfahrens die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat. Unter den gleichen Voraussetzungen kann nach Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO eine Entschädigung herabgesetzt oder verweigert werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verstösst eine Kostenaufgabe bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens gegen die Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO, Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK), wenn der beschuldigten Person in der Begründung des Kostenentscheids direkt oder

indirekt vorgeworfen wird, es treffe sie ein strafrechtliches Verschulden. Damit käme die Kostenauflage einer Verdachtsstrafe gleich. Dagegen ist es mit Verfassung und Konvention vereinbar, einer nicht verurteilten beschuldigten Person die Kosten zu überbinden, wenn sie in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise, d.h. im Sinne einer analogen Anwendung der sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze, eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm, die sich aus der Gesamtheit der schweizerischen

Rechtsordnung ergeben kann, klar verletzt und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat. In tatsächlicher Hinsicht darf sich die Kostenaufgabe nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen. Diese Grundsätze gelten auch für die Verweigerung einer Parteientschädigung (BGE 120 Ia 147 E. 3b; 119 Ia 332 E. 1b; 112 Ia 371 E. 2a; Urteil 6B\_67/2014 vom 2. September 2014 E. 2.3; je mit Hinweisen). [...] 1.3.2. Zwischen dem zivilrechtlich vorwerfbaren Verhalten und den durch die Untersuchung entstandenen Kosten muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Das heisst, das Benehmen der beschuldigten Person muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung des Lebens geeignet sein, den Verdacht einer strafbaren Handlung zu erwecken und damit Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens zu geben oder die Durchführung des im Gange befindlichen Strafprozesses zu erschweren. Eine Kostentragung kommt aber nur in Frage, wenn sich die Behörde aufgrund des normwidrigen Verhaltens der beschuldigten Person in Ausübung pflichtgemässen Ermessens zur Einleitung eines Strafverfahrens veranlasst sehen konnte (BGE 116 Ia 162 E. 2c S. 170 f. mit Hinweisen). Kosten, welche die Strafbehörden von Bund und Kantonen durch unnötige oder fehlerhafte Verfahrenshandlungen verursacht haben, können der beschuldigten Person nicht auferlegt werden (Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO). Die angefallenen Kosten sind in diesem Fall nicht mehr adäquate Folge der Straftat. Das ist beispielsweise der Fall, wenn eine Behörde einen materiell- oder verfahrensrechtlichen Verstoss begangen hat, der im Rechtsmittelverfahren korrigiert werden muss oder wenn wegen Formfehlern Verfahrenshandlungen wiederholt werden müssen (Urteil 6B\_630/2012 vom 15. Juli 2013 E.

## **E. 9.2**

Voraussetzungen der Kostenaufgabe im Einzelnen Voraussetzung der Kostenpflicht ist ein sog. prozessuales Verschulden der beschuldigten Person. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich bei der Kostenpflicht der freigesprochenen oder aus dem Verfahren entlassenen beschuldigten Person nicht um eine Haftung für strafrechtliches Verschulden handelt, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für fehlerhaftes Verhalten, durch welches die Einleitung oder Erschwerung eines Prozesses verursacht wurde. Nach Art. 41 Abs. 1 OR wird eine Haftung dann ausgelöst, wenn jemandem durch ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten in kausaler Weise ein Schaden zugefügt wird.

### **E. 9.2.1**

Widerrechtlichkeit Widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ist ein Verhalten dann, wenn es gegen Normen verstösst, die direkt oder indirekt Schädigungen untersagen bzw. den Rechtsunterworfenen ein Schädigungen vermeidendes Verhalten vorschreiben (sog. Verhaltensnormen, BGE 116 Ia 162 E. 2b). Das Bundesgericht hat trotz der in der Lehre geäusserten Kritik daran festgehalten, dass nicht nur Verstösse gegen prozessuale Verhaltensnormen (vorwerfbares Benehmen im Prozess, sog. prozessuales Verschulden

im engeren Sinne) in Frage kommen. Für die Kostenaufgabe genügt auch, wenn die beschuldigte Person durch ein fehlerhaftes und vorwerfbares Verhalten Anlass zur Eröffnung eines Strafverfahrens gegeben hat (sog. prozessuales Verschulden im weiteren Sinne). Wer in Verletzung einer Verhaltensnorm den dringenden Verdacht einer strafbaren Handlung erweckt und dadurch ein Strafverfahren veranlasst, soll die damit einhergehenden Kosten tragen, weil es stossend wäre, wenn letztlich die Steuerzahler hierfür aufkommen müssten. Dabei ist es mit Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV auch vereinbar, die Kostenaufgabe mit einem fehlerhaften Verhalten der beschuldigten Person zu begründen, das sich sachlich mit dem Vorwurf deckt, der Gegenstand der strafrechtlichen Anschuldigung bildete. Es ist mithin nicht ausgeschlossen, dem nicht verurteilten Beschuldigten Verfahrenskosten wegen eines Verhaltens aufzuerlegen, das in objektiver Hinsicht die Merkmale eines Straftatbestandes erfüllt (BGE 116 Ia 162 E. 2d bb; vgl. auch DOMEISEN, a.a.O., N. 29 zu Art. 426 StPO). Zum Mass bzw. der Art der Widerrechtlichkeit werden in der Lehre verschiedene Auffassungen vertreten. Zum Teil werden «qualifiziert rechtswidrige Sachverhalte» gefordert und etwa «blosse Vertragsverletzungen» als ungenügend betrachtet. Gemäss anderer Meinung soll jede pflichtwidrige und unvorsichtige Handlung oder Unterlassung zur Begründung der Widerrechtlichkeit genügen (vgl. zum Ganzen den Überblick bei CORNEL BORBÉLY, Die Kostentragung in Einstellungsverfügungen, ZStrR 129/2011 S. 415 ff., 421 ff.). BORBÉLY fordert aus Gründen der Verhältnismässigkeit eine gewisse Intensität der Widerrechtlichkeit. Je intensiver eine

8 Rechtsnorm verletzt sei, desto gravierender könne mittels Kostenaufgabe in die Grundrechte der betroffenen Person eingegriffen werden, wobei auch deren finanzielle Verhältnisse zu berücksichtigen seien (a.a.O.). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist das Verhalten der beschuldigten Person dann als widerrechtlich zu qualifizieren, wenn es in klarer Weise gegen Normen der Rechtsordnung verstösst, die den Rechtsunterworfenen direkt oder indirekt zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten (BGE 116 Ia 162 E. 2c, S. 170). Auch hielt das Bundesgericht fest, es falle nicht jede Vertragsverletzung, jedes sittenwidrige Verhalten im Sinne von Art. 20 OR oder jeder Verstoss gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 ZGB als eine Kostenaufgabe rechtfertigendes verwerfliches Verhalten in Betracht (Urteil 6B\_893/2016 vom 13. Januar 2017 E. 3.2, mit Verweis auf NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, N. 1788). Eine Verletzung der Regeln der ärztlichen Kunst und damit der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR würde das Bundesgericht aber offenbar zur Begründung der Widerrechtlichkeit genügen lassen (Urteil 1B\_377/2012 vom 25. Juni 2013 E. 2; vgl. NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 6 zu Art. 426 StPO; dahingehend wohl auch Urteil des Bundesgerichts 6B\_893/2016 vom 13. Januar 2017 E. 4.3).

### **E. 9.2.2**

Schuldhaftes Verhalten In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, die Kostenaufgabe setze eine zumindest grobe Fahrlässigkeit im haftpflichtrechtlichen Sinne voraus. Es müsse «ein bei objektiver Betrachtungsweise als schwerwiegend zu qualifizierender Verstoss gegen die vom Betreffenden einzuhaltenden Sorgfaltspflichten» vorliegen; leichte Fahrlässigkeit genüge nicht. Nur wer elementarste Vorsichtsgebote verletzt habe, handle leichtfertig (GRIESSER, a.a.O., N. 14 zu Art. 426 StPO, m.w.H.). Ein «leichtfertiges» oder «verwerfliches» Tun oder Unterlassen, wie es die früheren kantonalen

Strafprozessordnungen zum Teil als Voraussetzungen einer Kostenauf- lage verlangten, wird indessen in Art. 426 Abs. 2 StPO gerade nicht erwähnt. BOR- BÉLY folgert, dass der Gesetzgeber offenbar bewusst keine Beschränkung auf grobfahrlässiges Verhalten statuiert habe (a.a.O., 437). Für diese Auslegung spricht auch, dass etwa in Art. 420 lit. a StPO – im Unterschied zu Art. 426 Abs. 2 StPO – als Voraussetzung für einen Rückgriff explizit ein grobfahrlässiges Bewir- ken der Einleitung des Verfahrens verlangt wird. Bei der Frage, ob das Verhalten der beschuldigten Person zivilrechtlich vorwerfbar ist und damit eine Kostenauf- lage trotz Einstellung des Verfahrens rechtfertigt, sind sodann – wie bereits mehrfach erwähnt – die sich aus Art. 41 OR ergebenden Grundsätze analog anzuwenden. Zur Begründung der zivilrechtlichen Haftpflicht genügt aber jede Fahrlässigkeit. Ein schweres Verschulden i.S. grober Fahrlässig- keit ist auch hier nicht erforderlich, es reicht auch eine bloss leichte Fahrlässigkeit (statt aller ROLAND BREHM, in: Berner Kommentar, 4. Aufl. 2013, N. 200 zu Art. 41 OR).

### **E. 9.2.3**

Kausalzusammenhang Zwischen dem widerrechtlichen und schuldhaften Verhalten der beschuldigten Per- son und der Einleitung oder Erschwerung des Verfahrens muss natürliche und adäquate Kausalität bestehen. An die Ursächlichkeit des Verhaltens der beschuldigten Person dürfen allerdings keine strengen Anforderungen gestellt werden, da die Behörden gehalten sind, bei genügendem Tatverdacht eine Untersuchung zu eröffnen (GRIESSER, a.a.O., N. 15 zu Art. 426 StPO). Für die Beurteilung der Frage, ob das Verhalten der beschuldigten Person geeignet war, die Einleitung eines Strafverfahrens herbeizuführen, ist auf den Kenntnisstand der Behörden sowie die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der betreffenden Un- tersuchungshandlung abzustellen. Die Beurteilung hat mithin ex-ante zu erfolgen. Hingegen wäre es nicht angängig, aus der rückblickenden Optik eines möglicher- weise letztinstanzlichen Gerichtsurteils "ex-post" schliessen zu wollen, es habe be- reits die Untersuchungsbehörde die Rechtslage falsch eingeschätzt, weil das Ver- fahren in einem Freispruch geendet hat (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB110200 vom 19. August 2016; vgl. auch FRANZ RIKLIN, OFK-StPO, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 426 StPO; GRIESSER, a.a.O., N. 15 zu Art. 426 StPO; DO- MEISEN, a.a.O., N. 32 zu Art. 426 StPO; für eine ex-post-Betrachtung dagegen BORBÉLY, a.a.O., 432, dessen Ausführungen jedoch eher im Hinblick auf die Wider- rechtlichkeit und das Verschulden Sinn ergeben). Die Kausalität ist für die einzelnen Kostenpositionen und für jede Verfahrensstufe gesondert zu prüfen (GRIESSER, a.a.O., N. 15 zu Art. 426 StPO). Bestand nach der Untersuchung ein hinreichender Anlass zur Anklageerhebung, können der be- schuldigten Person sowohl die Untersuchungskosten als auch die Kosten der erst- instanzlichen Verhandlung ganz oder teilweise auferlegt werden (DOMEISEN, a.a.O., N. 32 zu Art. 426 StPO).

### **E. 9.3**

Mögliche Auswirkungen von Verletzungen des Beschleunigungsgebots auf den Kostenentscheid Verfahrensverzögerungen können grundsätzlich Auswirkungen auf die Kostenauf- lage haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_1125/2013 vom 26. Juni 2014 E. 3.4). Den kantonalen Gerichten kommt bei der Frage, ob und in welchem Um- fang sich eine Verletzung des Beschleunigungsgebot auf die Kostenauf- lage aus- wirkt, ein grosser Ermessensspielraum zu (Urteil des Bundesgerichts 6B\_380/2016 vom 16. November 2016 E. 8).

## **E. 10**

Verlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen in casu

### **E. 10.1**

Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren

#### **E. 10.1.1**

Verfahrenskosten Das Verfahren gegen den Berufungsführer wurde vom Bundesgericht eingestellt. Es stellt sich jedoch die Frage, ob ihm gestützt auf Art. 426 Abs. 2 StPO dennoch Verfahrenskosten auferlegt werden können. Es ist beweismässig erstellt, dass der Berufungsführer den bei der Lendenwirbeloperation von C.\_\_\_\_\_ als zentrales Kontrollmittel verwendeten Röntgen-

#### **E. 10.1.2**

Entschädigung Entsprechend ist dem Berufungsführer weder eine Entschädigung für seine Aufwendungen in der Untersuchung und im erstinstanzlichen Verfahren noch eine persönliche Genugtuung – letztere wird auch nicht mehr beantragt – auszurichten (Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO).

### **E. 10.2**

Erstes und zweites oberinstanzliches Verfahren (SK 08 416 und SK 10 121)

#### **E. 10.2.1**

Verfahrenskosten Wie die Kammer in ihrem Urteil vom 4. August 2016 erkannte, waren das erste und zweite oberinstanzliche Verfahren fehlerbehaftet und diese Fehler von den kantonalen Behörden zu verantworten. Insofern können die in jenen Verfahren entstandenen Gerichtsgebühren von CHF 2'000.00 bzw. CHF 4'000.00 nicht als in kausaler Weise durch den Berufungsführer verursacht gelten und ihm folglich nicht in Anwendung von Art. 426 Abs. 2 StPO auferlegt werden. Vielmehr sind diese Kosten vom Kanton Bern zu tragen. Im Übrigen kann schon aufgrund des Verschlechterungsverbots nicht auf die Verlegung der Kosten des ersten und zweiten oberinstanzlichen Verfahrens zurückgekommen werden.

#### **E. 10.2.2**

Entschädigung Dasselbe gilt hinsichtlich des Entschädigungsanspruchs des Berufungsführers. Die Kammer hat dem Berufungsführer in ihrem Urteil vom 4. August 2016 eine angemessene Entschädigung für seine Aufwendungen in den ersten beiden oberinstanzlichen Verfahren im Umfang der geltend gemachten CHF 15'314.90 zuerkannt. Darauf ist nicht zurückzukommen.

### **E. 10.3**

Drittes oberinstanzliches Verfahren (SK 13 372)

#### **E. 10.3.1**

Verfahrenskosten Der Berufungsführer hatte im dritten oberinstanzlichen Verfahren hauptsächlich einen Freispruch, eventualiter die Einstellung des Verfahrens, beides unter Tragung sämtlicher Kosten durch den Kanton Bern und unter Ausrichtung einer Entschädigung für seine Verteidigungskosten und einer persönlicher Genugtuung, beantragt (schriftliche Berufungsbegründung vom 29. Oktober 2015, pag. 1188). Die Generalstaatsanwaltschaft hatte in ihrem Hauptantrag ebenfalls einen Freispruch des

Berufungsführers und eventualiter die Verfahrenseinstellung verlangt, jedoch unter Auferlegung eines in das gerichtliche Ermessen gestellten Teils der Verfahrenskosten an den Berufungsführer (Stellungnahme vom 21. Dezember 2015, pag. 1219 f.). Hätte die Kammer bereits in ihrem Urteil vom 4. August 2016 entschieden wie nun das Bundesgericht, so hätte der Berufungsführer zwar im Eventualantrag auf Einstellung des Verfahrens obsiegt. Er wäre jedoch sowohl in Bezug auf seinen Hauptantrag auf Freispruch wie auch in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen betreffend das erstinstanzliche Verfahren unterlegen, während die Generalstaatsanwaltschaft in letzterem Punkt obsiegt hätte. Es rechtfertigt sich, dem Berufungsführer in Anwendung von Art. 428 Abs. 1 StPO die Hälfte der Kosten des dritten oberinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen. Eine darüber hinausgehende Kostenaufgabe ist aufgrund des Verschlechterungsverbots ausgeschlossen. Diese Kosten hat der Berufungsführer durch die rechtswidrig und schuldhaft herbeigeführte Einleitung des Verfahrens denn auch i.S.v. Art. 426 Abs. 2 StPO adäquat kausal verursacht. Insoweit war das dritte oberinstanzliche Verfahren nicht fehlerbehaftet und rechtfertigen auch Billigkeitsüberlegungen nicht eine vollständige Kostentragung durch den Staat. Schliesslich wird der Verletzung des Beschleunigungsgebots durch die Einstellung des Verfahrens genügend Rechnung getragen. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung im Kostenpunkt ist nicht angezeigt. Aus dem Umstand, dass das Bundesgericht das Urteil der Kammer vom 4. August 2016 integral aufhob, kann der Berufungsführer hinsichtlich der Verlegung der Kosten nichts für sich ableiten. Der Berufungsführer hat nach dem Gesagten die Hälfte der Kosten des dritten oberinstanzlichen Verfahrens von CHF 5'000.00, ausmachend CHF 2'500.00, zu tragen.

### **E. 10.3.2**

Entschädigung Der Kostenentscheid präjudiziert die Entschädigungsfolgen. Der Berufungsführer hat folglich die Hälfte seiner Verteidigungskosten selbst zu tragen (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO). Die dem Berufungsführer vom Kanton Bern auszurichtende anteilmässige Entschädigung wird gestützt auf die Kostennote von Fürsprecher B. \_\_\_\_\_ vom

### **E. 10.4**

Vorliegendes Neubeurteilungsverfahren (SK 17 133)

#### **E. 10.4.1**

Verfahrenskosten Im vorliegenden Neubeurteilungsverfahren geht es nur noch um die Verlegung der Kosten und Entschädigungen. Mit Blick auf seine Anträge betreffend die Verlegung der erst- und oberinstanzlichen Kosten und Entschädigungen unterliegt der Berufungsführer zwar vollständig. Allerdings wurde das vorliegende Verfahren nur notwendig, weil das letzte oberinstanzliche Verfahren fehlerbehaftet war. Soll der Berufungsführer nicht schlechter gestellt werden, als wenn die Kammer von Anfang an richtig geurteilt hätte, so dürfen ihm im vorliegenden Verfahren keine zusätzlichen Kosten überbunden werden. Die auf CHF 1'000.00 bestimmten Gerichtskosten (Art. 24 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 5 VKD) hat daher der Kanton Bern zu tragen

#### **E. 10.4.2**

Entschädigung Der Berufungsführer hat deswegen auch Anspruch auf eine Entschädigung seiner Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte im vorliegenden Neubeurteilungsverfahren. Diese Entschädigung wird gestützt auf die

Kostennote von Fürsprecher B.\_\_\_\_\_ vom 24. Mai 2017 (pag. 1448) auf CHF 1'101.60 bestimmt. 11. Verrechnung Die Ansprüche des Kantons auf Zahlung von Verfahrenskosten sind mit den dem Berufungsführer zugesprochenen Entschädigungen zu verrechnen (Art. 442 Abs. 4 StPO).

## **E. 11**

bildverstärker falsch bediente, indem er anstelle des Durchleuchtungspedals immer wieder das Speicherpedal drückte. Dadurch wurde auf dem Bildverstärker – während der in Bezug auf eine mögliche Verletzung der Hohlvene durch zu weites Vortreiben des verwendeten Kirschnerdrahtes kritischen Operationsphase – immer wieder dasselbe Bild angezeigt. Zu der Fehlbedienung kam es, weil sich der Berufungsführer nicht ausreichend mit dem verwendeten Bildverstärker vertraut gemacht hatte (vgl. bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheid E. 4.3). Weiter ist erstellt, dass der Berufungsführer, welcher sich nicht auf das Bohrgeräusch und/oder den Bohrwiderstand verlassen durfte, den Bohrfortschritt nicht genau verfolgte und die angezeigten Bilder nicht genau analysierte, weshalb er die Diskrepanz zwischen der angezeigten und der tatsächlichen Bohrtiefe zu spät erkannte (vgl. bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheid E. 4.3). Beide Elemente waren erstelltermassen (teil-)ursächlich für das zu weite Vordrehen des Kirschnerdrahtes und die Aufwicklung der Hohlvene, welche in der Folge zerfetzt wurde, was letztlich zum Tod von C.\_\_\_\_\_ durch inneres Verbluten führte. Den Berufungsführer traf als Arzt die allgemeine Pflicht, die Heilkunst nach anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und Humanität auszuüben, alles zu unternehmen, um C.\_\_\_\_\_ zu heilen, und alles zu vermeiden, was ihr schaden könnte. Insbesondere traf ihn die Pflicht, sich mit der Funktionsweise des von ihm eingesetzten Geräts vertraut zu machen, um dieses korrekt bedienen zu wissen. Weiter war er verpflichtet, mit voller Aufmerksamkeit mit dem technischen Gerät umzugehen und dessen Funktion auch beim Einsatz zu überwachen. Die fehlerhafte visuelle Überwachung des Operationsfortschritts durch die Fehlmanipulation des Bildverstärkers und das zu späte Erkennen der Diskrepanz zwischen dem angezeigten und dem tatsächlichen Bohrfortschritt stellten folglich keine operationsimmanenten Risiken dar. Vielmehr sind sie als eigentliche Verletzungen der ärztlichen Sorgfaltspflichten zu qualifizieren (vgl. bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheid E. 7.1). Der Berufungsführer verletzte mithin die Regeln der ärztlichen Kunst und damit seine auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten gemäss Art. 398 Abs. 2 OR. Ausserdem wurde C.\_\_\_\_\_ dadurch in einer nicht gerechtfertigten Weise in ihrem absoluten Recht auf Leben und körperliche Integrität verletzt. Es liegt ein i.S.v. Art. 41 OR rechtswidriges Verhalten des Berufungsführers vor. Der Berufungsführer handelte im zivilrechtlichen Sinne fahrlässig und damit schuldhaft. Jedenfalls bei der auf ein fehlendes Sich-Vertraut-Machen zurückzuführenden Fehlmanipulation des zentralen Kontrollmittels des Bildverstärkers bei einer derart risikoreichen Operation wie der vorgenommenen handelt es nicht um eine bloss leichte Fahrlässigkeit. Wie aufgezeigt wurde, wird ein grobfahrlässiges Verhalten von Art. 426 Abs. 2 StPO aber ohnehin nicht vorausgesetzt. Es genügen auch "normales" und leichtes Verschulden. Im Übrigen haftet der Arzt zivilrechtlich ebenfalls für jedes Verschulden, seine Haftung beschränkt sich nicht auf grobe Verstösse gegen die Regeln der ärztlichen Kunst (BGE 130 IV 7 E. 3.3 m.w.H.). Das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Berufungsführers war schliesslich nicht nur natürlich, sondern auch adäquat kausal für die Eröffnung der Strafunter-

## **E. 12**

suchung, die Anklageerhebung und das erstinstanzliche Verfahren. Es bestand zu jeder Zeit ein hinreichender Tatverdacht. Die in diesen Verfahrensstadien angefallenen Kosten sind mithin adäquate Folge seines zivilrechtlich rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens. Damit können die Kosten dieser Verfahrensstadien in Anwendung von Art. 426 Abs. 2 StPO dem Berufungsführer auferlegt werden. Bis zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils lag noch keine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor bzw. jedenfalls nicht in einem Ausmass, welches – zusätzlich zur nun erfolgten Verfahrenseinstellung – eine Berücksichtigung bei der Kostenaufgabe rechtfertigen würde. Der Berufungsführer hat folglich die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich zu tragen.

#### **E. 15**

IV. Dispositiv Die 2. Strafkammer erkennt:

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