

# **BGer 1B\_419/2015 vom 21. Dezember 2015**

Bundesgericht, 2015-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1B\\_419\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1B_419_2015)

FR: TF 1B\_419/2015 du 21 décembre 2015

IT: TF 1B\_419/2015 del 21 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Haftentscheid des Obergerichts steht die Beschwerde in Strafsachen offen (Art. 78 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer nahm vor der Vorinstanz am Verfahren teil und ist als direkt betroffener Adressat des angefochtenen Entscheids nach Art. 81 Abs. 1 BGG zur Beschwerdeführung berechtigt. In seiner Beschwerdeschrift informiert er das Bundesgericht, dass das Zwangsmassnahmengericht inzwischen die Untersuchungshaft auf Antrag der Staatsanwaltschaft um zwei Monate bis zum 24. Januar 2016 verlängert hat. Dieser liegt somit ein neuer Hafttitel zugrunde. Ob dadurch sein aktuelles Rechtsschutzinteresses dahinfällt, kann offenbleiben, da sich die mit der Beschwerde aufgeworfene Frage jederzeit und unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und eine rechtzeitige bundesgerichtliche Prüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. BGE 135 I 79 E. 1.1 S. 81 mit Hinweis).

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 221 StPO ist Untersuchungshaft nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ein im Gesetz genannter Haftgrund vorliegt. Überdies hat die Haft wie alle strafprozessualen Zwangsmassnahmen verhältnismässig zu sein (vgl. Art. 197 StPO) und sie darf nicht länger dauern als die zu erwartende Freiheitsstrafe (Art. 212 Abs. 3 StPO).

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer führt zum dringenden Tatverdacht und zur Fluchtgefahr in der Beschwerdeschrift lediglich aus, man könne darüber verschiedener Meinung sein. Er stellt diese Haftgründe somit nicht substantiiert in Abrede. Indes macht er eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit geltend, da es dem Zwangsmassnahmengericht verwehrt sei, Untersuchungshaft anzuordnen, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt habe. Er beruft sich dabei insbesondere auf Art. 226 Abs. 4 lit. c StPO, wonach das Zwangsmassnahmengericht in seinem Entscheid an Stelle der Untersuchungshaft Ersatzmassnahmen anordnen kann. Dies schliesst seiner Ansicht nach die Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft anstelle der von der Staatsanwaltschaft beantragten Ersatzmassnahmen aus. Bekräftigt wird sein Argument durch die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts. Danach hat das Zwangsmassnahmengericht nach Buchstabe c die Möglichkeit, auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft Ersatzmassnahmen anzuordnen; hingegen ist es ihm verwehrt, die Untersuchungshaft anzuordnen, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt hat (BBl 2006 1085, S. 1232).

### **E. 3**

Zu prüfen ist somit, ob das Zwangsmassnahmengericht berechtigt war, das Gesuch der Staatsanwaltschaft um Anordnung von Ersatzmassnahmen abzulehnen und die Untersuchungshaft aufrechtzuerhalten.

### **E. 3.1**

Die StPO sieht hierfür keine ausdrückliche Regelung vor. Gemäss Art. 226 Abs. 4 lit. c StPO genauso wie nach Art. 227 Abs. 5 StPO kann das Zwangsmassnahmengericht anstelle von Untersuchungshaft Ersatzmassnahmen anordnen. Diesen Bestimmungen liegt somit die Vermutung zugrunde, die Staatsanwaltschaft beantrage in der Regel (nur oder zumindest im Eventualstandpunkt) Untersuchungshaft. Wie es sich jedoch im Falle eines Gesuchs der Staatsanwaltschaft allein um Anordnung von Ersatzmassnahmen verhält, lässt sich daraus nicht schliessen. Auch nicht weiter behilflich ist der für die Anordnung von Ersatzmassnahmen in Art. 237 Abs. 4 StPO enthaltene Verweis auf die Vorschriften über die Untersuchungshaft ( Art. 224 ff. StPO ), da sich dieser in erster Linie auf das Verfahren bezieht und im Rahmen von Art. 227 Abs. 5 bzw. Art. 226 Abs. 4 lit. c StPO nicht aufschlussreich ist. Bevor indes eine ausfüllungsbedürftige Lücke angenommen werden darf, ist zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz ein qualifiziertes Schweigen darstellt, d.h. ob die StPO die Möglichkeit der Anordnung oder Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft bewusst verneinen wollte, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt ( BGE 141 IV 298 E. 1.3 S. 299 f. mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Nach dem Wortlaut von Art. 226 Abs. 4 lit. c StPO resp. Art. 227 Abs. 5 StPO , der in allen Amtssprachen einheitlich ist, hat das Zwangsmassnahmengericht im Haftanordnungs- oder -prüfungsverfahren stets zu untersuchen, ob der Haftzweck mit weniger einschneidenden Massnahmen erreicht werden kann. Insoweit wird der verfassungs- und konventionsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit ( Art. 36 Abs. 3 BV ; Art. 5 Ziff. 3 EMRK ) positivrechtlich konkretisiert und umgesetzt. Strafprozessuale Haft darf nur als "ultima ratio" angeordnet oder aufrechterhalten werden. Wo sie durch mildere Massnahmen ersetzt werden kann, muss von ihrer Anordnung oder Fortdauer abgesehen und an ihrer Stelle eine solche Ersatzmassnahme verfügt werden ( Art. 212 Abs. 2 lit. c und Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO ). Dies gebietet insbesondere Art. 237 Abs. 1 StPO : Danach ordnet das zuständige Gericht an Stelle von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft eine oder mehrere mildere Massnahmen an, wenn sie den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen. Mit anderen Worten sind Ersatzmassnahmen zu verfügen, wenn sie Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr zu bannen vermögen (vgl. BGE 140 IV 74 E. 2.2 S. 78).

Wenngleich Art. 226 Abs. 4 lit. c StPO und Art. 227 Abs. 5 StPO für den hier zu beurteilenden Fall nicht direkt anwendbar sind, ist ihnen dennoch zu entnehmen, dass der zuständige Haftrichter gehalten ist, diejenigen Zwangsmassnahmen zu treffen, die am geringsten in die Grundrechtsposition des Beschuldigten eingreifen. Nach deren Sinn und Zweck dient die Haftprüfung durch das Zwangsmassnahmengericht insoweit dem Schutz der beschuldigten Person. Es hat der Staatsanwaltschaft, der im Vorverfahren eine starke Stellung zukommt (vgl. E. 3.4 hernach), als korrekatives Gegengewicht gegenüberzutreten (vgl. Botschaft StPO, BBl 2006 1085, S. 1107 und S. 1137; PETER GOLDSCHMID, Das Zwangsmassnahmengericht, forumpoenale 1/2011, S. 39). Dies spricht wiederum dafür,

dass es ihm verwehrt sein soll, über den Antrag der Staatsanwaltschaft hinauszugehen und anstelle der beantragten Ersatzmassnahmen Untersuchungshaft anzuordnen oder aufrechtzuerhalten.

### **E. 3.3**

Dasselbe ergibt sich aus der Botschaft zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung. Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 2.2 hiervor), schliesst diese im Rahmen der erstmaligen Anordnung von Untersuchungshaft die Möglichkeit für das Zwangsmassnahmengericht aus, eine solche anzuordnen, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt hat (BBI 2006 1085, S. 1232). Während eine Lehrmeinung den aus Art. 226 Abs. 4 lit. c StPO abgeleiteten Umkehrschluss für diskutabel erachtet (NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar zur StPO, 2. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 226 StPO ) und eine weitere dazu bemerkt, die StPO kenne in diesem Zusammenhang kein (zwangsmassnahmenrechtliches) Verbot der reformatio in peius (MARC FORSTER, Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, Fn. 93 zu Art. 226 StPO ), teilt das Schrifttum grösstenteils die in der Botschaft vertretene Auffassung, ohne sie jedoch näher zu erörtern (vgl. DANIEL LOGOS, Commentaire romand CPP, 2011, N. 20 zu Art. 226 StPO ; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit commentaire CPP, 2013, N. 24 zu Art. 226 StPO ; HUG/SCHEIDEGGER, in: Kommentar zur StPO, Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 226 StPO ; MATTHIAS HÄRRI, Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, N. 46 zu Art. 237 StPO ; FABIO MANFRIN, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. 2014, S. 302). Nach der Botschaft ist das Zwangsmassnahmengericht insoweit an das Begehren der Staatsanwaltschaft gebunden, als es mangels entsprechenden Antrags nicht auf Untersuchungshaft erkennen kann; indes steht sie der Möglichkeit einer Anordnung anderer als der beantragten Ersatzmassnahmen, mithin auch schärferen, nicht entgegen. Auch die Lehre räumt dem Zwangsmassnahmengericht eine solche Befugnis ein, sofern der beschuldigten Person vorgängig das rechtliche Gehör gewährt wird (vgl. HUG/SCHEIDEGGER, a.a.O., N. 13 zu Art. 226 StPO ; FORSTER, a.a.O., Fn. 93 zu Art. 226 StPO ; SCHMID, a.a.O., N. 10 zu Art. 226 StPO ). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind denn auch diejenigen Ersatzmassnahmen zu verfügen, die ihrerseits verhältnismässig sind ( BGE 140 IV 74 E. 2.2 S. 78).

### **E. 3.4**

Die Frage, ob das Zwangsmassnahmengericht über das Begehren der Staatsanwaltschaft um Anordnung von Ersatzmassnahmen hinausgehen darf, hängt des Weiteren von seiner Funktion und von der gesetzlichen Kompetenzordnung ab. Nach Art. 18 i.V.m. Art. 224 ff. bzw. Art. 237 StPO ist es zwar zuständig für die Anordnung der Untersuchungshaft und von Ersatzmassnahmen (vgl. BGE 137 IV 92 E. 2.1 S. 95; Urteil 1B\_126/2012 vom 28. März 2012 E. 2.2.1; FORSTER, a.a.O., N. 4 zu Art. 226 StPO ; HÄRRI, a.a.O., N. 46 zu Art. 237 StPO ), während der Staatsanwaltschaft im Haftanordnungs- und -prüfungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht mangels Leitungsbefugnissen materiell Parteistellung zukommt (vgl. BGE 137 IV 87 E. 3.3.2 S. 91 f. mit Hinweisen). Dies ändert jedoch nichts am Grundsatz, dass die Staatsanwaltschaft im (übrigen) Vorverfahren die Verfahrensleitung innehat ( Art. 16 Abs. 2 und Art. 61 lit. a StPO ) und für die Führung des Strafverfahrens auf dieser Stufe generell verantwortlich ist. Sie hat diejenigen Verfahrenshandlungen vorzunehmen, die für eine gesetzeskonforme, sachgerechte und ordnungsgemässe Durchführung des Vorverfahrens notwendig sind und der Durchsetzung des staatlichen

Strafanspruchs dienen ( Art. 16 Abs. 1 und Art. 62 ff. StPO ; vgl. BGE 138 IV 124 E. 2.2.1 S. 145). Ihren Begehren kommt deshalb massgebliches Gewicht und wegweisender Charakter zu. Insoweit hat die Staatsanwaltschaft als Garantin des Strafverfahrens dafür besorgt zu sein, dass dessen Fortführung durch die Freilassung der beschuldigten Person nicht erschwert oder sogar vereitelt wird, sondern dass - wenn nötig - diejenigen Zwangsmassnahmen getroffen werden, die erforderlich sind, um es zielführend voranzutreiben. Erachtet sie somit, nachdem sie den belastenden und entlastenden Umständen mit gleicher Sorgfalt nachgegangen ist und eingehende Kenntnisse des Straffalls erworben hat ( Art. 6 StPO ), im konkreten Einzelfall Ersatzmassnahmen für die Durchführung des Strafverfahrens als ausreichend, kann sich das Zwangsmassnahmengericht nicht darüber hinwegsetzen und an deren Stelle Untersuchungshaft anordnen, ansonsten es sich in die Führung des Strafverfahrens einmischt und sich Kompetenzen anmass, die ihm von Gesetzes wegen nicht zustehen. Seine Funktion liegt vielmehr in der Kontrolle der Rechtmässigkeit der beantragten Zwangsmassnahmen, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit.

### **E. 3.5**

Aus all diesen Gründen ist das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung in der StPO als qualifiziertes Schweigen einzustufen. Das Zwangsmassnahmengericht kann von Gesetzes wegen keine Untersuchungshaft verfügen oder aufrechterhalten, wenn die Staatsanwaltschaft lediglich Ersatzmassnahmen beantragt hat. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, kann es zwar in Abweichung des Antrags der Staatsanwaltschaft und unter Wahrung des rechtlichen Gehörs andere oder eine Kombination von Ersatzmassnahmen anordnen, die insgesamt stärker in die Grundrechtsposition des Beschuldigten eingreifen (vgl. Art. 10 Abs. 2 BV ; BGE 133 I 27 E. 3.5 S. 32). Um aber auf Untersuchungshaft erkennen zu können, bedarf es eines entsprechenden Begehrens der Staatsanwaltschaft. Diese hat mithin mindestens im Eventualstandpunkt einen Haftantrag zu stellen, wenn der Beschuldigte für den Fall, dass die Ersatzmassnahmen mit Blick auf die angestrebten, im öffentlichen Interesse liegenden Ziele (z.B. die Sicherstellung seiner Anwesenheit im Strafverfahren) eine bloss unzureichende Wirkung entfalten könnten, nicht freizulassen ist.

### **E. 4.1**

Im hier zu beurteilenden Fall war der Anlass für das Gesuch der Staatsanwaltschaft vom 19. Oktober 2015 um Anordnung von Ersatzmassnahmen ein im Rahmen einer psychiatrischen Begutachtung des Beschwerdeführers erstellter Zwischenbericht. Darin hielt die Gutachterin fest, es bestehe keine aktuelle Ausführungsgefahr für ein Tötungsdelikt. Es müsse jedoch von einer moderaten Wahrscheinlichkeit für weitere häusliche Gewalt und für Stalkingverhalten ausgegangen werden. Ohne eine langfristig angelegte und konsequent durchgeführte Psychotherapie und Antigewalttraining sei von einer ungünstigen Kriminalprognose im Sinne der Wiederholungsgefahr auszugehen. Die Staatsanwaltschaft beantragte daraufhin gestützt auf Art. 227 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 237 StPO die vorerwähnten Ersatzmassnahmen (vgl. Bst. B hiervor). In materieller Hinsicht handelt es sich um einen Antrag an das Zwangsmassnahmengericht, auf den ursprünglichen Haftanordnungsentscheid wegen veränderter Verhältnisse zurückzukommen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass das Begehren bereits etwas mehr als einen Monat vor Ablauf der Dauer der erstmalig angeordneten Untersuchungshaft gestellt und darin beantragt wurde, das bestehende Haftregime sei anzupassen. Da der Rückkommensantrag somit noch

während der laufenden Untersuchungshaft beim Zwangsmassnahmengericht anhängig gemacht worden war, stand es diesem zu, den Antrag abzuweisen und damit die bereits bewilligte strafprozessuale Haft aufrechtzuerhalten, falls sich die beantragten Ersatzmassnahmen als ungeeignet erweisen sollten. Dass die Untersuchungshaft (zumindest eventualiter) fortzuführen sei, lässt sich denn auch aus dem prozessualen Verhalten der Staatsanwaltschaft schliessen. So wollte sie dem vom Beschwerdeführer am 9. September 2015 gestellten Haftentlassungsgesuch nicht entsprechen, sondern war der Auffassung, die Untersuchungshaft sei beizubehalten. Das Zwangsmassnahmengericht folgte in seinem Entscheid vom 21. September 2015 dieser Ansicht und bejahte das Vorliegen einer ausgeprägten Fluchtgefahr, der mit keiner Ersatzmassnahme von ausreichender Sicherungsqualität begegnet werden könne. Auch im nachgelagerten Verfahren zum Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts über die Ersatzmassnahmen vertrat die Staatsanwaltschaft stets die Position, die Untersuchungshaft müsse aufrechterhalten werden, denn sie schloss sowohl vor dem Obergericht als auch im vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahren auf Abweisung der Beschwerde und stellte am 20. November 2015 ein Haftverlängerungsgesuch. Unter diesen Umständen durfte das Zwangsmassnahmengericht bei fehlender Zwecktauglichkeit der Ersatzmassnahmen die Haft aufrechterhalten.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanzen gingen vorliegend zu Recht von einer erheblichen Fluchtgefahr aus. Diese ergibt sich insbesondere aus dem während der Haft vom Beschwerdeführer verfassten Brief vom 28. August 2015, in welchem er seinen Willen zur Rückkehr in die Heimat kundtat und Aufträge erteilte, sein Auto, seine Möbel und seinen übrigen Haushalt zu verkaufen, seine Wohnung aufzulösen, die Auszahlung des Lohns durch seinen Arbeitgeber zu erwirken und Kontakt zu einem Verwandten in seiner Heimat herzustellen. Diese Umstände lassen eine Flucht ins Ausland bzw. ein Untertauchen für sehr wahrscheinlich erscheinen, auch wenn der Beschwerdeführer eine gewisse Bindung zur Schweiz aufweist. Mit dem Obergericht ist überdies davon auszugehen, dass dieser beachtlichen Fluchtgefahr mittels einer Meldepflicht ( Art. 237 Abs. 2 lit. d StPO ) oder einer Ausweis- und Schriftensperre ( Art. 237 Abs. 2 lit. b StPO ) nicht hinreichend begegnet werden kann. Letztere kommt bei ausländischen Staatsangehörigen ohnehin kaum in Betracht, da ein Verbot, dem Beschwerdeführer Papiere auszustellen, gegenüber ausländischen Behörden nicht durchgesetzt werden kann (vgl. Urteil 1B\_48/2012 vom 13. Februar 2012 E. 6.2). Ebenso liesse sich dadurch die Ausreise in den Schengenraum aufgrund der bloss lückenhaften Personenkontrollen nicht verhindern (vgl. Urteile 1B\_325/2014 vom 16. Oktober 2014 E. 3.5; 1B\_18/2012 vom 27. Januar 2012 E. 3.3.3). Wegen der ausgeprägten Fluchtneigung des Beschwerdeführers scheint eine wöchentliche Meldepflicht kein taugliches Mittel darzustellen, um ihn davon abzuhalten, sich dem Vollzug der Strafe zu entziehen. Auch die Leistung einer Kautions (Art. 237 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 238 StPO ) würde angesichts seiner Mittellosigkeit keine geeignete fluchthemmende Wirkung entfalten (vgl. Urteil 1B\_325/2014 vom 16. Oktober 2014 E. 3.5). Mithin hält die Ansicht des Obergerichts und des Zwangsmassnahmengerichts, die beantragten Ersatzmassnahmen reichten nicht aus, um der dargelegten erheblichen Fluchtgefahr ausreichend zu begegnen, in Würdigung der Gesamtumstände vor Bundesrecht stand. Es entspricht denn auch der einschlägigen Praxis, dass Ersatzmassnahmen sich bei einer erheblichen Fluchtgefahr regelmässig als unzureichend erweisen (vgl. Urteile 1B\_203/2015 vom 1. Juli 2015 E. 4.3; 1B\_157/2015 vom 27. Mai 2015 E. 3.2; je mit Hinweisen).

## **E. 5**

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er ersucht indessen um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Da er seine finanzielle Bedürftigkeit ausreichend glaubhaft macht, die Beschwerde nicht zum Vornherein aussichtslos erschien und er auf die Vertretung durch einen Anwalt angewiesen war, ist dem Gesuch stattzugeben ( Art. 64 BGG ). Es werden deshalb keine Kosten erhoben und dem Vertreter des Beschwerdeführers ist eine angemessene Entschädigung auszurichten.

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