

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.121 vom 6. April 2017

BS Appellationsgericht, 2017-04-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2016.121

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.121 du 6 avril 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2016.121 del 6 aprile 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird. Zuständig für die Behandlung von Berufungen gegen Urteile des Einzel- bzw. Dreiergerichts in Strafsachen ist gemäss § 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des baselstädtischen Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts.

1.2 Der (nicht verteidigte) Berufungskläger hat die Berufung innert der Frist gemäss Art. 399 Abs. 1 StPO angemeldet und erklärt. Die unrichtige Bezeichnung der Berufungserklärung als ■Einsprache■ steht der Gültigkeit des Rechtsmittels nicht entgegen (Art. 385 Abs. 3 StPO). Der Berufungskläger verlangt mit seiner Eingabe vom 1. Dezember 2016 lediglich die Aufhebung des Strafurteils und die Rückweisung. Es fehlt ein Abänderungsantrag im Sinne von Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO (z.B. ein Antrag auf Freispruch), wie er für das Eintreten auf die Berufung grundsätzlich vorauszusetzen ist (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, Art. 399 N 12; Eugster, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 399 N 4 und Art. 409 N 2). Ein Beharren auf dieser Voraussetzung erschiene aber im konkreten Fall als überspitzt formalistisch, zumal aus der Berufungserklärung ohne weiteres verständlich wird, dass mit der Nichtanwesenheit an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung eine grundlegende Rechtsposition des Berufungsklägers beeinträchtigt wurde, wogegen dieser sich zur Wehr setzt.

1.3 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. Art. 409 Abs. 2 StPO hält dazu fest, dass das Berufungsgericht bestimme, welche Verfahrenshandlungen im Falle einer Rückweisung zu wiederholen oder nachzuholen seien. Rückweisungen nach Art. 409 StPO ergehen in Form eines Beschlusses nach Art. 80 Abs. 1 StPO; ein Sachurteil wird nicht gesprochen (Schmid, a.a.O., Art. 409 N 4; Eugster, a.a.O., Art. 409 N 2). Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers führt eine Gutheissung seiner Anträge nicht zur Rückweisung an die Staatsanwaltschaft, sondern an das Strafgericht. Dies wurde mit Verfügung der Instruktionsrichterin vom 3. Januar 2017 klargestellt, und auf dieser Grundlage wurde der Vorinstanz und den Parteien das rechtliche Gehör gewährt.

1.4 Die Frage der Rückweisung der Anklage lässt sich aufgrund der Akten beurteilen. Es rechtfertigt sich daher, über den Rückweisungsantrag ohne Durchführung einer Berufungsverhandlung und auf dem Zirkularweg zu entscheiden (vgl. Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO).

1.5 Die von der Staatsanwaltschaft beantragte Strafe von 75 Tagessätzen liegt deutlich unter dem Richtwert für amtliche Verteidigungen von 120 Tagessätzen (Art. 132 Abs. 3 StPO). Der Berufungskläger hat sich in den schriftlichen Eingaben an das Appellationsgericht hinreichend klar ausgedrückt. Für das vorliegende Rückweisungsverfahren sind in persönlicher und inhaltlicher Hinsicht keine Schwierigkeiten erkennbar, die die Anordnung einer amtlichen Verteidigung rechtfertigen würden. Der entsprechende Antrag des Berufungsklägers ist abzuweisen.

E. 2

Der Berufungskläger macht geltend, er sei am Tag der mündlichen Gerichtsverhandlung krank gewesen, ein Arztzeugnis habe vorgelegen und auch sein Verteidiger sei nicht anwesend gewesen. Sein rechtliches Gehör sei verletzt worden.

Das Strafgericht hält mit Stellungnahme vom 5. Januar 2017 eine Rückweisung gemäss Art. 409 StPO für nicht angezeigt, da die Dispensation des Berufungsklägers im erstinstanzlichen Verfahren nicht zu beanstanden sei und keine wesentlichen Verfahrensfehler vorlägen. Zudem sei mutmasslich derselbe Verfahrensausgang zu erwarten.

Die Staatsanwaltschaft führt in ihrer Berufungsantwort vom 10. Januar 2017 an, ein Grund zur Anwendung von Art. 409 StPO könne allenfalls darin liegen, dass der Berufungskläger einwende, an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht angehört worden zu sein. Da er aber selbst ein Dispensationsgesuch eingereicht habe, ziele diese Rüge ins Leere. Auch in materieller Hinsicht lägen keine Gründe vor, das angefochtene Urteil umzustossen, zumal der Berufungskläger bloss Behauptungen vorbringe und die behaupteten Beweise entweder verspätet oder gar nicht angerufen habe.

E. 3

3.1 Der Berufungskläger wehrt sich dagegen, dass seine Mitteilung als Dispensationsgesuch gedeutet wurde. Das Strafgericht ■ und unter Verweis auf sein Urteil die Staatsanwaltschaft ■ stellt sich auf den Standpunkt, es habe eine rechtmässige Dispensation des Berufungsklägers stattgefunden. Im erstinstanzlichen Urteil wird dazu unter Ziff. I.1. ■ Dispensierung ■ ausgeführt, es sei am Morgen des Verhandlungstages ■ die Verhandlung war auf 14:00 Uhr angesetzt ■ ein Schreiben des Berufungsklägers beim Strafgericht eingegangen, mit welchem er die Verfahrensleitung ■ um Entbindung von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen an der Hauptverhandlung bzw. deren Verschiebung ■ ersucht habe. Als Grund habe er angegeben, dass er krank sei. Im beigelegten Arztzeugnis habe der ausstellende Arzt vermerkt, der Beschuldigte sei vom 9. bis zum 30. September 2016 nicht verhandlungsfähig. Das Arztzeugnis wurde von Dr. [...], Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, ausgestellt.

Das fragliche Schreiben des Berufungsklägers führt die Betreffzeile ■ Verlegung des Termins am 12. September 2016 um 14:00 Uhr ■ und hat anschliessend folgenden Inhalt: ■ () Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass ich zum oben genannten Termin nicht vor Gericht erscheinen kann, da Krank bin (sic!). Folglich bitte ich Sie, mich ■ für diesen Tag ■ von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen zu entbinden und dies auf einen späteren Termin zu verschieben ■ (Akten S. 156). Dieser Wortlaut lässt keinen Spielraum für eine Interpretation als Gesuch um Dispensation von der Hauptverhandlung ■ bzw. deren Verschiebung ■ zu ■ abgesehen davon, dass solche alternativen Inhalte auch gar nicht denkbar wären: Entweder ein Beschuldigter ersucht um Dispensation, dann wird die

Hauptverhandlung bei Gutheissung ohne ihn stattfinden; oder er ersucht um Verschiebung, dann wird die Hauptverhandlung gerade nicht ohne ihn stattfinden, sondern verschoben, damit er teilnehmen kann. Das zitierte Gesuch des Berufungsklägers ist aber ganz unzweideutig als Verschiebungsgesuch zu verstehen. Der Berufungskläger weist darauf bereits im Betreffnis hin (■Verlegung des Termins■) und ersucht auch ausdrücklich darum, die Hauptverhandlung auf einen späteren Termin zu verschieben. Dass er zugleich darum bittet, ihn ■für diesen Tag■ von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen zu entbinden, da er ■zum oben genannten Termin■ krankheitshalber nicht vor Gericht erscheinen könne, bezieht sich auf die gesetzliche Erscheinenspflicht, welche nicht schon durch die Mitteilung des Berufungsklägers, sondern erst durch den Widerruf der Vorladung gemäss Art. 205 Abs. 3 StPO erlischt.

Der Berufungskläger ist nicht deutscher Muttersprache. Er hat das Schreiben selbst verfasst, einen tauglichen Grund für seine Verhinderung genannt ■ nämlich Krankheit ■ und mit dem beigelegten Arztzeugnis belegt. Dieses hält neben einer vollständigen, zeitlich begrenzten Arbeitsunfähigkeit (vom 9. September bis zum 30. September 2016) fest, dass der Patient ■nicht verhandlungsfähig■ sei.

In seinem Arztzeugnis hat der Arzt nicht lediglich Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit, sondern explizit auch Verhandlungsunfähigkeit attestiert. Bei dieser Ausgangslage hätte das Schreiben des unverteidigten Berufungsklägers nicht als Dispensations-, sondern als Verschiebungsgesuch behandelt werden müssen. Dessen Dispensation erweist sich daher als unzulässig.

3.2 Verschiebungsgesuche sind so früh wie möglich zu stellen. Eine Verhinderung ist gemäss Art. 205 Abs. 2 StPO unverzüglich mitzuteilen, zu begründen und soweit möglich zu belegen. Die Vorladung bleibt verbindlich, solange die Strafbehörde sie nicht widerrufen hat (Art. 205 Abs. 3 StPO). Mit dieser Regelung soll gerade allzu kurzfristigen und eigenmächtigen Abmeldungen entgegengewirkt werden (Schmid, a.a.O., Art. 205 N 5; Weber: in: Basler Kommentar StPO, Art. 205 N 6).

Im vorliegenden Fall ist einzuräumen, dass die Mitteilung der Verhinderung am Tag der auf 14:00 Uhr festgesetzten Hauptverhandlung sehr kurzfristig ist. Wenn es auch selten vorkommen mag, so ist es aber durchaus nicht lebensfremd, dass ein Verschiebungsgrund erst kurz vor der Hauptverhandlung auftritt, so dass ein früherer Arztbesuch nicht möglich ist. Das Arztzeugnis datiert vom Freitag, 9. September 2016 und stützt sich auf eine am selben Tag erfolgte Konsultation. Es bezieht sich für die Arbeits- und Verhandlungsunfähigkeit auf den Zeitraum vom 9. bis zum 30. September 2016. Beim Verhandlungstag vom 12. September 2016 handelte es sich um den darauf folgenden Montag. An diesem Vormittag ging das Gesuch samt Arztzeugnis beim Strafgericht ein. Die kurzfristige Abmeldung mag gewisse Fragen aufwerfen. Dies allein reicht jedoch nicht aus für die Annahme, das Verschiebungsgesuch sei unbeachtlich.

Ein Arztzeugnis wie das vorliegende kann den Gang des Strafprozesses direkt beeinflussen. Ein Arzt darf solche Zeugnisse nicht leichtfertig ausstellen und muss sie gegenüber der Strafbehörde auch verantworten können. Diese müssen die behaupteten Umstände gegebenenfalls abklären und können den Arzt nötigenfalls zur Auskunft verpflichten (Art. 171 Abs. 2 lit. b und Art. 195 Abs. 1 StPO). Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, dass sich am Verhandlungstag anlässlich des Anrufs des Verfahrensleiters beim ausstellenden Arzt herausgestellt hat, dass dessen Praxis bis zum 26. September 2016

geschlossen sei (Akten S. 160). Damit war es nicht möglich, allfällige Zweifel an der Bedeutung des Gesuchs abzuklären. Bei der Abwesenheit des Arztes handelt es sich aber um einen Umstand, den der Berufungskläger nicht zu vertreten hat. Insgesamt kann das vorliegende Verschiebungsgesuch nicht als verspätet oder rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden.

E. 4

4.1 Der moderne Strafprozess geht von der Anwesenheit des Beschuldigten während des ganzen Verfahrens aus ■ dies gebieten die Grundsätze der Fairness und des rechtlichen Gehörs (Art. 3 StPO). Das in der Hauptverhandlung ■ wenn auch eingeschränkte ■ Unmittelbarkeitsprinzip (Art. 343 StPO) verlangt, dass sich das Gericht zumindest vom Beschuldigten einen persönlichen Eindruck verschafft. Daher hat dieser an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung gestützt auf Art. 336 Abs. 1 StPO zwingend persönlich teilzunehmen, wenn Verbrechen oder Vergehen behandelt werden (Maurer, in: Basler Kommentar StPO, vor Art. 366 N 1). Eine Dispensation kann nach Art. 336 Abs. 3 StPO nur ausnahmsweise erfolgen, wenn der Beschuldigte wichtige Gründe geltend macht und seine Anwesenheit nicht erforderlich ist. Welch grosses Gewicht der Anwesenheit des Beschuldigten beigemessen wird, zeigt sich auch daran, dass die Schweizerische StPO strenge Voraussetzungen zur Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens vor erster Instanz eingeführt hat. So darf selbst bei einer ersten unentschuldigten Abwesenheit des Beschuldigten noch kein Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden, sondern das Gericht muss den Beschuldigten gemäss Art. 366 Abs. 1 StPO ein zweites Mal vorladen und eine erneute Hauptverhandlung ansetzen (vgl. hierzu ausführlich Maurer, a.a.O., N 3■8). Nach Art. 366 Abs. 4 StPO müssen zudem noch weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

Es wird im vorliegenden Fall von keiner Seite behauptet, dass ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt worden wäre. Die Voraussetzungen dafür wären auch offensichtlich nicht erfüllt. Die vorinstanzliche Hauptverhandlung durfte daher nicht ohne die Teilnahme des Berufungsklägers durchgeführt werden.

4.2 Die Berufung ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel, das zu einem neuen Urteil führt, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt (Art. 408 StPO). In den von Art. 409 StPO geregelten Ausnahmefällen kommt der Berufung aber kassatorische Wirkung zu. Eine kassatorische Aufhebung des Urteils mit einer Rückweisung an die Vorinstanz rechtfertigt sich nur bei wesentlichen Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens, durch die in schwerwiegender Weise in die Rechte des Beschuldigten oder anderer Parteien eingegriffen wird und die im Berufungsverfahren ohne den Verlust einer Instanz nicht mehr behoben werden können. Zu denken ist etwa an die nicht richtige Besetzung des Gerichts, fehlende Zuständigkeit, unterbliebene korrekte Vorladung, Verweigerung von Teilnahmerechten, nicht gehörige Verteidigung oder die unterbliebene Behandlung bzw. Beurteilung aller Anklagepunkte. In solchen Fällen hätte das blosses Nachholen der erstinstanzlich unterbliebenen Vorkehren den Verlust einer Instanz zur Folge, was dem Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK widersprechen würde (zum Ganzen: Eugster, a.a.O., Art. 409 StPO N 1; Schmid, a.a.O., Art. 409 N 2).

Aus dem Ausgeführten erhellt, dass die Teilnahme des Beschuldigten an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ein zentraler verfahrensrechtlicher Aspekt und aus Sicht des Beschuldigten eines seiner bedeutsamsten Verfahrensrechte ist. Die Durchführung einer erstinstanzlichen Hauptverhandlung ohne Teilnahme des Beschuldigten wider dessen

Willen und ohne dass die Voraussetzungen für ein Abwesenheitsverfahren gegeben sind, stellt einen schwerwiegenden Eingriff in seinen Anspruch auf rechtliches Gehör dar, der durch die Rechtsmittelinstanz nicht geheilt werden kann. Eine solche Nichtteilnahme des Beschuldigten und seines Verteidigers kann nicht mit der Behandlung von Einzelpunkten verglichen werden, die im Sinne begründeter Ausnahmen durch die Rechtsmittelinstanz geheilt werden können (Schmid, a.a.O., Art. 409 N 3, und allgemein zur Heilung von Gehörsverletzungen vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist die gesamte Hauptverhandlung und die damit verbundene Unmittelbarkeit betroffen. Das Gericht konnte sich weder einen persönlichen Eindruck des Beschuldigten machen noch dessen Reaktion zu den in der Hauptverhandlung getätigten Depositionen der Auskunftspersonen einholen und würdigen. Bei den gegebenen Umständen ist es nicht statthaft, die ordnungsgemässe Hauptverhandlung erst im Rahmen des Berufungsverfahrens durchzuführen, zumal dem Berufungskläger damit auch eine Rechtsmittelinstanz verloren ginge.

Bei der vorliegenden Nichtteilnahme handelt es sich daher um einen wesentlichen Mangel im Sinne von Art. 409 Abs. 1 StPO, der zu einer Rückweisung an das Strafgericht führt.

E. 5

5.1 Nach dem Gesagten ist das vorinstanzliche Strafurteil aufzuheben. Die Sache ist nach Art. 409 Abs. 1 StPO an das Strafgericht zurückzuweisen, welches eine neue Hauptverhandlung durchführen und ein neues Urteil fällen wird.

Eine Rückweisung führt in der Regel nicht zur Befangenheit des zuvor befassten Richters (BGE 138 IV 142 E. 2.3 S. 146, 116 Ia 28 E. 2a S. 30). Verfahrens- oder andere Rechtsfehler, die einem Richter unterlaufen, können nach der Rechtsprechung den Anschein der Befangenheit nur begründen, wenn sie wiederholt begangen wurden oder so schwer wiegen, dass sie Amtspflichtverletzungen darstellen. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Mit Blick auf die Garantie des unabhängigen und unparteiischen Gerichts (Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 56 lit. f StPO) ist aber auch zu fragen, ob sich der Richter bisher in einem Mass festgelegt hat, das ihn bei objektiver Betrachtung als voreingenommen erscheinen lässt, so dass das Verfahren als nicht mehr offen erscheint (BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329, 133 I 1 E. 6.2 S. 6, BGer 1B_1/2017 vom 7. März 2017 E. 2.1, 1B_92/2016 vom 26. Mai 2016 E. 2.2). Der Einzelrichter hat sich in der Vernehmlassung dahin geäussert, dass eine Rückweisung mutmasslich zu demselben Verfahrensausgang führen würde. Bei objektiver Betrachtung dürfte der Eindruck entstehen, dass er sich damit festgelegt hat, so dass der Ausgang der Neuurteilung nicht mehr offen erschiene. Daher dürfte das Strafgericht gehalten sein, das Einzelgericht mit einer nicht vorbefassten Person zu besetzen. Damit würde die Durchführung eines förmlichen Ausstandsverfahrens nach Art. 59 Abs. 1 lit. b StPO (vgl. AGE BES.2015.40 vom 22. Oktober 2015) verzichtbar.

5.2 Bei diesem Ausgang sind Kosten weder zu erheben noch zuzusprechen. Die Kosten des Rückweisungsverfahrens und des bisherigen erstinstanzlichen Verfahrens gehen zulasten des Kantons (Art. 428 Abs. 3 StPO). Entschädigungspflichtige Aufwendungen der Parteien im Sinne von Art. 436 Abs. 3 StPO sind nicht ersichtlich.

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