

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.43 vom 6. April 2023**

BS Appellationsgericht, 2023-04-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2022.43](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2022.43)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.43 du 6 avril 2023

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.43 del 6 aprile 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des basel-städtischen Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erklärung der Berufung legitimiert ist.

### **E. 1.2**

1.2.2 Der Einzelrichter in Strafsachen beantragt in seiner Stellungnahme vom 29. November 2022, es sei auf die Berufung nicht einzutreten. So sei das Urteil des Einzelgerichts vom 27. Juli 2021 am 28. Juli 2021 versendet, jedoch vom Berufungskläger nicht abgeholt worden, obwohl er angesichts des von ihm anhängig gemachten Einspracheverfahrens und angesichts der Entgegennahme der Vorladung zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung mit einer Zustellung seitens des Strafgerichts habe rechnen müssen. Folglich habe er es verpasst, fristgerecht Berufung gegen das Urteil anzumelden. Es stelle deshalb ein widersprüchliches und rechtsmissbräuchliches Verhalten dar, dass er gegen das Rektifikat vom 19. November 2021, welches ■ notabene zu Gunsten des Berufungsklägers ■ die Vollziehbarerklärung des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 20. Juni 2019 nicht mehr enthalten habe, mit Schreiben vom 25. November 2021 sinngemäss Berufung anmeldet habe.

1.2.3 Vorliegend ist dem Einzelrichter in Strafsachen zwar zuzustimmen, dass der Berufungskläger das am 28. Juli 2021 versendete Urteil des Einzelgerichts vom 27. Juli 2021 nicht entgegennahm, jedoch bringt der Berufungskläger zurecht vor, dass das Einzelgericht in Strafsachen das rektifizierte Urteil vom 19. November 2021 mit einer erneuten Rechtsmittelbelehrung versah und im Begleitschreiben explizit darauf hinwies, dass Informationen über allfällige Rechtsmittel der darin enthaltenen Rechtsmittelbelehrung zu entnehmen seien (vgl. Akten S. 136 ff.). Ferner wird auch im begründeten vorinstanzlichen Entscheid aufgeführt, dass der rektifizierte Entscheid eine neue Rechtsmittelfrist auslöse (s. dortige E. I. 1). Entsprechend kann dem Berufungskläger kein treuwidriges oder rechtsmissbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden, wenn er mit Eingabe vom 25. November 2021 sinngemäss Berufung gegen den rektifizierten Entscheid anmeldete. Auf die rechtzeitig und formrichtig erhobene Berufung ist daher einzutreten.

### **E. 2**

2.1 Vorliegend beantragt der Berufungskläger unter anderem, dass das Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen vom 19. November 2021 aufzuheben und die Sache zum

neuen Entscheid aufgrund einer neu durchzuführenden Hauptverhandlung zurückzuweisen sei. So lebe er in Deutschland und die Vorladung sei ihm aktenkundig per Post direkt zugestellt worden, weshalb er nach Art. 69 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG, SR 351.1) nicht verpflichtet gewesen sei, zur Verhandlung zu erscheinen. Erscheine eine im Ausland wohnende Person auf entsprechend zugestellte Vorladung nicht zur Hauptverhandlung, so gelte die gesetzliche Rückzugsfiktion (Art. 355 Abs. 2 StPO) nicht, sondern es sei in analoger Anwendung von Art. 366 Abs. 1 StPO das Abwesenheitsverfahren in Aussicht zu stellen und zu einem zweiten Termin vorzuladen. Erst wenn die einsprechende Person auch dem zweiten Termin unentschuldigt fernbleibe, sei bei Vorliegen sämtlicher gesetzlicher Voraussetzungen ein Abwesenheitsurteil möglich. Eine Fiktion, dass eine unentschuldigte Abwesenheit ein Gesuch um Dispensation darstelle, existiere nicht. Eine Dispensation könne nur auf ein tatsächliches Gesuch hin erfolgen. Der Hinweis in der Vorladung, das unentschuldigte Nichterscheinen gelte als Dispensationsgesuch, lasse sich mit den Bestimmungen der Strafprozessordnung nicht vereinbaren. Der entsprechende Hinweis sowie auch die entsprechende angenommene Fiktion im angefochtenen Urteil und die darauf erfolgte Dispensation mit anschliessender Durchführung des Abwesenheitsverfahren seien rechtswidrig. Sie stellten eine widerrechtliche Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen zum Abwesenheitsverfahren dar, welche voraussetzten, dass für ein Abwesenheitsurteil ein zweites Mal zur Hauptverhandlung zu laden sei. Das ergangene Abwesenheitsurteil zufolge eines fingierten Dispensationsgesuch sei entsprechend in Verletzung der strafprozessualen Bestimmungen zum Abwesenheitsverfahren erfolgt und folglich schon deshalb aufzuheben. Entsprechend sei die Sache, soweit keine direkte Einstellung und kein direkter Freispruch erfolgen könne, zum neuen Entscheid im Rahmen einer neuen Hauptverhandlung an das Strafgericht zurückzuweisen.

2.2 Die Staatsanwaltschaft führt mit dem Berufungskläger übereinstimmend aus, dass das vorinstanzliche Verfahren Mängel aufgewiesen habe. Die Vorladung habe den Passus «ein unentschuldigtes Nichterscheinen gilt als Dispensationsgesuch und die Verhandlung wird durchgeführt» enthalten. Die Staatsanwaltschaft stehe hierbei mit dem Berufungskläger insofern im Einklang, als dass ein Dispensationsgesuch nicht in der impliziten Form des angeführten Passus erfolgen könne, sondern vielmehr formell einzureichen und auch zu begründen sei. Das der Vorinstanz als Antwort auf die Vorladung am 19. Juli 2021 eingereichte Schreiben des Berufungsklägers könne diesen Anforderungen sicherlich nicht genügen. Darüber hinaus scheine diese implizite Annahme eines Dispensationsgesuchs auch unter Berücksichtigung des Aspekts, dass der via Rechtshilfe vorgeladenen und nicht zum Erscheinen verpflichteten Person keinerlei rechtliche oder tatsächliche Nachteile durch das Fernbleiben entstehen dürften, im Hinblick auf die Verfahrensgarantien heikel, wenn nicht gar widerrechtlich. Ginge man davon aus, es läge ein rechtmässiges Dispensationsgesuch vor, so hätte die Vorinstanz den Berufungskläger einerseits formell dispensieren müssen und andererseits hätte sie eine ordentliche Hauptverhandlung in Abwesenheit des Berufungsklägers anstelle des gewählten Abwesenheitsverfahrens gemäss Art. 366 ff. StPO durchführen müssen. Dass sie dieses trotzdem gewählt habe, ergebe sich aus Ziff. I. 1 der Erwägungen des angefochtenen (begründeten) Urteils vom 19. November 2021. Ginge man weiter davon aus, dass das Abwesenheitsverfahren vor der Vorinstanz dennoch die richtige Wahl dargestellt hätte, so litte dieses aus Sicht der Staatsanwaltschaft gleich an mehreren Formfehlern. Zum einen hätte der Berufungskläger ein zweites Mal vorgeladen werden müssen, zumal die Bestimmung von Art. 366 Abs. 3 StPO, wonach bei

einer Weigerung der beschuldigten Person kein neuer Termin angesetzt werden müsse, ausschliesslich auf Haftfälle beschränkt sei. Die formellen Voraussetzungen nach Art. 366 Abs. 2 StPO zur Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens seien damit nicht gegeben gewesen. Zum anderen hätte der Berufungskläger auf die Möglichkeit einer Neuurteilung aufmerksam gemacht (Art. 368 Abs. 1 StPO) und auch über die Alternative der Berufung informiert werden müssen (Art. 371 Abs. 1 StPO). Wie der dem Urteil (Rektifikat) vom 19. November 2021 beigefügten Rechtsmittelbelehrung zu entnehmen sei, seien beide Hinweise unterblieben. Nichtsdestotrotz sei eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und die anschliessende Rückweisung an das erstinstanzliche Gericht nach Art. 409 Abs. 1 StPO jedoch nur möglich, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweise, welche im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könnten. Der Berufungskläger lege in seiner Berufungsbegründung nicht dar, inwiefern der angerufene Mangel (fehlerhaftes Abwesenheitsverfahren) im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könnte. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft stelle sich hierbei daher die Frage, ob der Berufungskläger seiner Begründungspflicht genügend nachgekommen sei. Unabhängig davon sei es für die Staatsanwaltschaft nicht eindeutig, dass die vorerwähnten Mängel so wesentlich seien und in schwerwiegender Weise in die Rechte des Berufungsklägers eingriffen, dass sie ohne Verlust einer Instanz im Berufungsverfahren nicht mehr geheilt werden könnten. Einerseits könne der Berufungskläger mit der Berufung gegen das Abwesenheitsurteil nämlich auch den Entscheid anfechten, überhaupt ein Abwesenheitsverfahren durchgeführt zu haben. Andererseits habe das Bundesgericht in Urteil 6B\_45/2021 vom 27. April 2022 (E. 1.5) erkannt, dass trotz einer Verletzung von Art. 366 Abs. 1 und 2 StPO nicht zwingend ein kassatorischer Entscheid zu fällen sei, dies insbesondere, wenn ■ wie in casu ■ die in Art. 366 Abs. 4 StPO genannten materiellen Voraussetzungen für ein Abwesenheitsverfahren erfüllt gewesen seien. In Anbetracht der genannten Aspekte sei die Staatsanwaltschaft der Ansicht, dass die aufgeführten Mängel trotz deren Vorhandenseins nicht derart wesentlich gewesen seien, dass sie im Berufungsverfahren nicht geheilt werden könnten und deshalb von einer Rückweisung nach Art. 409 Abs. 1 StPO abzusehen und ein reformatorischer Entscheid zu fällen sei.

2.3 Der Einzelrichter in Strafsachen führt in seiner Stellungnahme aus, dass es einer gefestigten und bis zum Entscheid SB.2021.27 des Appellationsgerichts vom 8. Juli 2021 (Erstpublikation am 10. August 2021) unangefochtenen Praxis des Strafgerichts entsprochen habe, so wie im vorliegenden Fall ■ und mithin zu Gunsten der einsprechenden Person ■ vorzugehen und nicht in Anwendung von Art. 356 Abs. 4 StPO den Rückzug der Einsprache wegen unentschuldigtem Nichterscheinens zur Hauptverhandlung anzunehmen. Das Strafgericht sei folglich im Zeitpunkt seines Urteils am 27. Juli 2021 und insbesondere in Unkenntnis des vorgenannten Entscheids des Appellationsgerichts von der Gesetzmässigkeit seiner Praxis ausgegangen. Dieser lasse sich deshalb nicht rückwirkend, sondern lediglich pro futuro anwenden.

## **E. 2.4**

2.4.1 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 bestimmt, welche Verfahrenshandlungen im Falle einer Rückweisung zu wiederholen oder nachzuholen sind.

Der Berufungskläger, der eine Rückweisung beantragt, hat dennoch eine vollständige Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO einzureichen (Eugster, in: Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 409 StPO N 2). Der ■ zu diesem Zeitpunkt noch nicht anwaltlich vertretene ■ Berufungskläger erklärte mit seiner Berufungserklärung sinngemäss, dass er mit dem Urteil des Strafgerichts nicht einverstanden sei, was einer vollumfänglichen Anfechtung gleichkommt. Sodann beantragte auch der notwendige amtliche Verteidiger nach seiner Einsetzung im Rahmen der Berufungsbegründung die vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und stellte den Antrag auf Rückweisung an die Vorinstanz gemäss Art. 409 StPO. Dieses Vorgehen kann dem Berufungskläger aufgrund der erst im Rahmen des Berufungsverfahrens eingesetzten notwendigen amtlichen Verteidigung in prozessualer Hinsicht nicht zu seinem Nachteil gereichen.

2.4.2 Rückweisungen nach Art. 409 StPO ergehen in Form eines Beschlusses des Berufungsgerichts nach Art. 80 Abs. 1 StPO; ein Sachurteil wird nicht gesprochen (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2018, Art. 409 N 4; Eugster, a.a.O., Art. 409 StPO N 2). Je nach den konkreten Umständen lässt sich über die Rückweisung bereits aufgrund der Berufungserklärung entscheiden, so dass die Durchführung einer Berufungsverhandlung nicht notwendig ist (Eugster, a.a.O.). Dies ist vorliegend der Fall. Wie zu zeigen sein wird, kann über die beantragte Rückweisung aufgrund der Akten entschieden werden. Gegen die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens zu dieser Frage haben schliesslich auch die Parteien keine Einwände vorgebracht (vgl. die Verfügung vom 7. Dezember 2022, Akten S. 235).

## **E. 2.5**

2.5.1 Vorliegend ergibt sich aus den Akten, dass der Berufungskläger ■ nachdem er gegen den Strafbefehl rechtzeitig Einsprache erhoben hatte ■ mit eingeschriebenem Brief vom 13. April 2021 (Akten S. 112) darauf aufmerksam gemacht wurde, dass die Durchführung einer Gerichtsverhandlung geplant sei. Er wurde zudem aufgefordert, allfällige Beweisanträge innert Frist einzureichen. In diesem Schreiben ■ sowie in der Vorladung vom 17. Juni 2021 (Akten S. 113) ■ findet sich auch folgender Hinweis: «Falls Sie an der Verhandlung nicht persönlich teilnehmen wollen, können Sie ein Gesuch um Dispensation stellen. Ein unentschuldigtes Nichterscheinen an der Verhandlung gilt als Dispensationsgesuch und die Verhandlung wird durchgeführt». Nachdem der Berufungskläger nicht zur Hauptverhandlung am 27. Juli 2021 erschien, wurde er vom Einzelrichter vom persönlichen Erscheinen dispensiert. Das Einzelgericht in Strafsachen begründete dies damit, dass der Berufungskläger trotz ordnungsgemässer Vorladung ferngeblieben sei. Aufgrund seines ausländischen Wohnsitzes sei sein Nichterscheinen als Dispensation im Sinne von Art. 336 Abs. 3 StPO gewertet worden und es sei in vorliegender Sache ein Abwesenheitsurteil ergangen. Das Einzelgericht in Strafsachen sprach ihn entsprechend dem Strafbefehl vom 17. Dezember 2020 in einem Abwesenheitsurteil schuldig und auferlegte ihm überdies die Kosten des Gerichtsverfahrens mit einer Gebühr von CHF 200.■.

2.5.2 Bei beschuldigten Personen mit ausländischem Wohnsitz gelten besondere Regeln. So ist die sich im Ausland aufhaltende beschuldigte Person nicht verpflichtet, eine Vorladung in die Schweiz zu befolgen. Leistet sie der Vorladung keine Folge, darf sie keinerlei rechtliche oder tatsächliche Nachteile erleiden. Die Vorladung kommt damit in der Sache einer Einladung gleich. Zwang darf damit nicht ausgeübt werden (BGE 140 IV 86 E. 2.3 f.).

Diesbezüglich liegt eine einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Rückzugsfiktion im Einspracheverfahren bei der Staatsanwaltschaft vor (Art. 355 Abs. 2 StPO), welche auch im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht Geltung beansprucht und somit auch für Art. 356 Abs. 4 StPO gilt (BGer 6B\_282/2019 vom 5. April 2019 E. 3). Demnach ist die Rückzugsfiktion im Einspracheverfahren bei beschuldigten Personen mit ausländischem Wohnsitz grundsätzlich nicht zulässig. Um diese Verfahren gleichwohl zu einem Abschluss zu bringen, besteht einerseits gemäss Art. 336 Abs. 3 StPO die Möglichkeit, die beschuldigte Person auf ihr Gesuch hin vom persönlichen Erscheinen zu dispensieren, wenn diese wichtige Gründe geltend macht und ihre Anwesenheit an der Hauptverhandlung nicht erforderlich ist. Andererseits schreibt die StPO in Art. 336 Abs. 4 vor, dass die Vorschriften über das Abwesenheitsverfahren anwendbar sind, wenn die beschuldigte Person der Hauptverhandlung unentschuldigt fernbleibt. Letzterenfalls kann eine neu angesetzte Hauptverhandlung in Abwesenheit der beschuldigten Person durchgeführt werden (Schwarzenegger, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung,

### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist das vorinstanzliche Strafurteil aufzuheben. Die Sache ist nach Art. 409 Abs. 1 StPO an das Strafgericht zurückzuweisen, welches ■ aufgrund drohender Verjährung zeitnah ■ eine neue Hauptverhandlung unter Wahrung der Parteirechte des Berufungsklägers durchzuführen und ein neues Urteil zu fällen hat. Hierbei wird sich die Vorinstanz auch mit dem Einwand des Berufungsklägers auseinandersetzen haben, es fehle an einem rechtsgültigen Strafantrag in Bezug auf den Hausfriedensbruch.

### **E. 4**

4.1 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind keine Kosten zu erheben.

4.2 Für die zweite Instanz ist [...], Advokat, für seine Bemühungen im Rahmen der amtlichen Verteidigung aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Mangels eingereichter Honorarnote wird sein Aufwand auf 8 Stunden geschätzt. Somit sind ihm ein Honorar von CHF 1'600.■, ein Auslagenersatz von 3 %, d.h. CHF 48.■, zuzüglich 7,7 % MWST von insgesamt CHF 126.90, somit total CHF 1'774.90 auszurichten.

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