

Art. 221 Abs. 1 lit. a, Art. 231 Abs. 1, Art. 237 und Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO; Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 lit. b AuG. Sicherheitshaft; Rechtsmittel, Fluchtgefahr, Ersatzmassnahmen (OGE 51/2012/17 vom 5. Juni 2012)

Veröffentlichung im Amtsbericht

Ordnet das erstinstanzliche Gericht mit seinem Urteil Sicherheitshaft an, so kann dagegen Beschwerde erhoben werden (E. 1).

Als Indiz für Fluchtgefahr kann neben weiteren Indizien (wie der Schwere der zu erwartenden Strafe) auch das konkrete Interesse des Beschuldigten berücksichtigt werden, sich der aufgrund der Verurteilung drohenden Ausschaffung zu entziehen (E. 4b cc).

Bei offenkundiger Fluchtgefahr ist eine Ausweis- oder Schriftensperre insbesondere bei einem Ausländer keine geeignete Ersatzmassnahme. Auch ein elektronisches Überwachungsgerät wäre nicht geeignet, den Beschuldigten an einer Flucht insbesondere ins nahe Ausland zu hindern (E. 5).

Das Kantonsgericht verurteilte X. unter anderem wegen versuchter vorsätzlicher Tötung (begangen im Notwehrexzess) zu 3½ Jahren Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von 585 Tagen Untersuchungs- und Sicherheitshaft; es ordnete sodann an, X. werde zur Sicherung des Strafvollzugs in Sicherheitshaft behalten. X. meldete die Berufung an und erhob gegen die Anordnung der Sicherheitshaft Beschwerde ans Obergericht; er ersuchte, ihn aus der Haft zu entlassen und eventuell Ersatzmassnahmen anzuordnen. Das Obergericht wies die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

1.– Die Beschwerde ist unter anderem zulässig gegen die Verfügungen und Beschlüsse sowie die Verfahrenshandlungen der erstinstanzlichen Gerichte; ausgenommen sind verfahrensleitende Entscheide (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO¹). Zulässig ist nach den in der Beschwerdeschrift genannten Kommentarstellen insbesondere auch die Beschwerde gegen den mit dem Ur-

¹ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0).

teil getroffenen Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts, die verurteilte Person in Sicherheitshaft zu versetzen oder zu behalten (Art. 231 Abs. 1 StPO).²

Die Staatsanwaltschaft wirft die Frage auf, ob das Begehren des Beschwerdeführers nicht als Beschwerde durch die Beschwerdeinstanz, sondern als Haftentlassungsgesuch durch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts oder des erstinstanzlichen Kantonsgerichts zu behandeln sei. Die Verfahrensleitung des Berufungsgerichts ist jedoch grundsätzlich nur für Haftentlassungsgesuche während des Berufungsverfahrens zuständig. Die Verfahrensherrschaft, insbesondere auch die haftrichterliche Zuständigkeit geht aber jedenfalls nicht vor der Aktenübermittlung nach Ausfertigung des begründeten Urteils gemäss Art. 399 Abs. 2 StPO auf sie über. Die von der Staatsanwaltschaft angesprochene Regelung von Art. 231 Abs. 2 StPO bei Anordnung der Freilassung durch das erstinstanzliche Gericht, d.h. für eine ganz bestimmte Konstellation, ist ein Ausnahmefall.³ Es besteht weder Grund noch Bedarf, sie über den Gesetzeswortlaut hinaus analog auch auf Fälle von Art. 231 Abs. 1 StPO anzuwenden. Zwar hat bis zum Übergang der Verfahrensherrschaft ans Berufungsgericht, d.h. zwischen erstinstanzlicher Urteilsfällung und Aktenversand ans Berufungsgericht, wohl noch das erstinstanzliche Gericht über ein allfälliges Haftentlassungsgesuch zu befinden.⁴ Hat dieses aber im Sinn von Art. 231 Abs. 1 StPO mit dem erstinstanzlichen Urteil Sicherheitshaft angeordnet, so kann nicht als Rechtsbehelf direkt gegen diesen bereits gefällten Haftentscheid, d.h. vor einer Beschwerde, noch ein Haftentlassungsgesuch und hierauf ein weiterer Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts verlangt werden.

Die Beschwerde ist demnach als zulässig zu betrachten. ...

...

4.– Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie sich unter anderem durch Flucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entzieht (Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO).

² *Markus Hug* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 222 N. 4, S. 1096 f., Art. 231 N. 7, S. 1135; *Marc Forster*, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 222 N. 3, S. 1468 f. (mit Hinweis unter anderem auf Art. 231 StPO).

³ *Hug*, Art. 232 N. 1 und Art. 233 N. 1, S. 1139 ff.; *Forster*, Art. 232 N. 2, S. 1531, Art. 233 N. 1 Fn. 2, S. 1534 (wonach das Berufungsverfahren erst mit der Berufungserklärung gemäss Art. 399 Abs. 3 StPO rechtshängig werde).

⁴ *Hug*, Art. 222 N. 2, S. 1096, Art. 231 N. 6, S. 1135, Art. 232 N. 1, S. 1139 f.

a) [Der allgemeine Haftgrund des dringenden Tatverdachts ist gegeben.]

b) Als spezieller Haftgrund steht einzig Fluchtgefahr zur Diskussion.

aa) Beim Haftgrund der Fluchtgefahr geht es um die Sicherung der Anwesenheit der beschuldigten Person im Verfahren. Für die Annahme von Fluchtgefahr braucht es eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass sich die beschuldigte Person, wenn sie in Freiheit wäre, dem Vollzug der Strafe durch Flucht entziehen würde. Im Vordergrund steht dabei eine mögliche Flucht ins Ausland, denkbar ist jedoch auch ein Untertauchen im Inland. Bei der Bewertung, ob Fluchtgefahr besteht, sind die gesamten konkreten Verhältnisse zu berücksichtigen. Es müssen Gründe bestehen, die eine Flucht nicht nur als möglich, sondern als wahrscheinlich erscheinen lassen. Die Schwere der drohenden Strafe darf als ein Indiz für Fluchtgefahr gewertet werden, genügt jedoch für sich allein nicht, um den Haftgrund zu bejahen. Miteinzubeziehen sind die familiären Bindungen, die berufliche und finanzielle Situation und die Kontakte zum Ausland.⁵

bb) ...

cc) ... [Der Beschwerdeführer hat keine gefestigten sozialen Bindungen zur Schweiz.]

Im vorliegenden Verfahren kann dem Entscheid des Sachrichters im bevorstehenden Rechtsmittelverfahren – insbesondere auch hinsichtlich der abschliessenden Würdigung der geltend gemachten Notwehrsituation – nicht vorgegriffen werden. Es ist jedoch festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer für die exzessive Gewaltanwendung, die ihm vorgeworfen wird, angesichts der erstinstanzlichen Verurteilung jedenfalls nach wie vor eine empfindliche Strafe droht. Die Staatsanwaltschaft macht geltend, sie werde mit einer Anschlussberufung an ihrem Antrag vor Vorinstanz festhalten; damit stehe auch im Berufungsverfahren eine Freiheitsstrafe von bis zu 7 Jahren im Raum. Da die Staatsanwaltschaft nicht selbständig die (Haupt-)Berufung angemeldet hat, lässt sie zwar dem Beschwerdeführer die Möglichkeit offen, durch Rückzug der Berufung auch die Anschlussberufung dahinfallen zu lassen und die damit angestrebte strengere Bestrafung zu verhindern.⁶ Einstweilen steht aber im Grundsatz weiterhin auch eine allfällige Freiheitsstrafe von über 3½ Jahren zur Diskussion. Insoweit stellt auch die Schwere der drohenden Strafe nach wie vor ein ergänzendes Indiz für Fluchtgefahr dar.

Das Kantonsgericht hat sodann zu Recht darauf hingewiesen, dass einem Ausländer bei einer längerfristigen, d.h. überjährigen Freiheitsstrafe die Nie-

⁵ BGE 1B_102/2011 vom 22. März 2011, E. 3.5, mit Hinweisen.

⁶ Vgl. Art. 401 Abs. 3 StPO.

derlassungsbewilligung widerrufen werden kann (Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 lit. b AuG⁷).⁸ Zwar muss ein solcher Widerruf aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall als verhältnismässig erscheinen unter Berücksichtigung namentlich der Schwere des Verschuldens, des Grads der Integration bzw. der Dauer der bisherigen Anwesenheit sowie der dem Betroffenen und seiner Familie drohenden Nachteile.⁹ Im vorliegenden Fall gibt es aber weder einen Ehepartner noch Kinder, denen durch den Widerruf ein Nachteil erwachsen würde. Auch kann ... nicht von einem hohen Grad der Integration des Beschwerdeführers gesprochen werden. Dieser muss sodann einstweilen mit der Möglichkeit rechnen, dass die vom Kantonsgericht ausgefallte Freiheitsstrafe von 3½ Jahren im Rechtsmittelverfahren wenn auch allenfalls nicht erhöht, so doch jedenfalls nicht wesentlich reduziert werden könnte. In diesem Fall ist – auch wenn dabei die geltend gemachte Notwehrsituation strafmildernd berücksichtigt wird – entgegen seiner Auffassung immer noch von einem erheblichen Verschulden auszugehen. Daher besteht unter den gegebenen Umständen nicht ernsthaft eine «intakte Chance» des Beschwerdeführers, die Niederlassungsbewilligung selbst bei einer Freiheitsstrafe von 3½ Jahren zu behalten. Vielmehr droht ihm in der vorzunehmenden Interessenabwägung bei Aufrechterhaltung der Verurteilung mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Widerruf der Niederlassungsbewilligung. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die mit der Ausschaffungsinitiative angenommene Regelung von Art. 121 Abs. 3 lit. a BV¹⁰ bei der Verurteilung eines Ausländers wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts oder eines «anderen Gewaltdelikts» generell den Verlust des Aufenthaltsrechts vorsieht. Das soll gemäss Vorlage zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen insbesondere auch bei bloss versuchten Taten gelten.¹¹

Der Beschwerdeführer erklärt zumindest sinngemäss selber, dass die Rückkehr [in den Heimatstaat] für ihn keine valable Alternative sei, er diese vielmehr vermeiden wolle. Er hat somit ein konkretes Interesse daran, der drohenden Ausschaffung ... nach Möglichkeit zu entgehen. Daher besteht für ihn ein erheblicher Anreiz, bei Gelegenheit unterzutauchen, um sich zu-

⁷ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Ausländergesetz, AuG, SR 142.20).

⁸ ... BGE 135 II 379 ff. E. 4.2.

⁹ ... BGE 135 II 381 f. E. 4.3.

¹⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

¹¹ Erläuternder Bericht des Bundesrats vom 14. Mai 2012 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer; Art. 121 Abs. 3–6 BV), S. 20, Ziff. 1.4.4.2; vgl. Hinweis auf das Vernehmlassungsverfahren in BBl 2012, S. 5641.

mindest der zu befürchtenden Ausschaffung zu entziehen. Damit würde er sich aber gleichzeitig auch dem weiteren Strafverfahren bzw. dem Vollzug der zu erwartenden Reststrafe entziehen. Für die Prüfung der Fluchtgefahr ist in dieser Situation letztlich nicht entscheidend, ob dem Beschwerdeführer mit Blick auf die erstinstanzliche Verurteilung «nur» eine – durch die bisherige Untersuchungs- und Sicherheitshaft bereits zu einem erheblichen Teil getilgte – Freiheitsstrafe von 3½ Jahren drohe oder entsprechend dem mit der Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft zu erwartenden Antrag eine solche von bis zu 7 Jahren. Die Höhe der zu erwartenden Freiheitsstrafe bleibt auf jeden Fall ein massgebliches Indiz für ernsthafte Fluchtgefahr, wenn auch allenfalls nur indirekt durch ihre mutmasslichen Auswirkungen auf den ausländerrechtlichen Status des Beschwerdeführers und die deshalb drohende Ausschaffung in den Heimatstaat.

dd) In der Gesamtbetrachtung ist demnach unter den gegebenen Umständen weiterhin von konkreter Fluchtgefahr auszugehen.

c) Untersuchungs- und Sicherheitshaft dürfen nicht länger dauern als die zu erwartende Freiheitsstrafe (Art. 212 Abs. 3 StPO). Mit Blick auf das erstinstanzliche Urteil, welches die Basis für die Prüfung allfälliger Überhaft bildet, ist diese Grenze im vorliegenden Fall auch dann nicht erreicht, wenn die allgemeine Regel, wonach die Möglichkeit einer bedingten vorzeitigen Entlassung bei der Berechnung der mutmasslichen Dauer der Freiheitsstrafe prinzipiell nicht zu beachten ist, angesichts der günstigen Legalprognose des Beschwerdeführers nicht angewandt werden sollte.¹²

d) Die Voraussetzungen der angeordneten Sicherheitshaft sind demnach im Grundsatz erfüllt.

5.– Das zuständige Gericht ordnet an Stelle der Untersuchungs- oder der Sicherheitshaft eine oder mehrere mildere Massnahmen an, wenn sie den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen (Art. 237 Abs. 1 StPO).

Die Wirksamkeit der vom Beschwerdeführer in erster Linie angesprochenen Ausweis- und Schriftensperre (Art. 237 Abs. 2 lit. b StPO) ist eher gering. Bei offenkundiger Fluchtgefahr kann sie die Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft im Grundsatz nicht ersetzen; sie kann lediglich dann zum Zug kommen, wenn die Fluchtgefahr als relativ geringfügig einzustufen ist, aber noch Restzweifel beseitigt werden müssen. Es ist im Übrigen ohne weiteres möglich, auch ohne Ausweisschriften ins Ausland zu gelangen, namentlich im Schengen-Raum, wo keine Personenkontrollen an den Grenzen vorgesehen sind. Ausländische Häftlinge könnten sodann möglicherweise Ersatzdokumente beziehen. Den Schweizer Behörden ist es nicht möglich, ausländische

¹² Vgl. *Hug*, Art. 231 N. 8 und 10, S. 1136.

Stellen anzuweisen, keine Ausweisschriften mehr auszustellen. Gegenüber Ausländern fällt deshalb eine Schriftensperre in der Regel ausser Betracht.¹³ Da im vorliegenden Fall nicht nur von geringfügiger Fluchtgefahr auszugehen ist, erscheint daher diese Ersatzmassnahme als ungeeignet.

Der Beschwerdeführer schlägt als weitere Ersatzmassnahme einen durch technische Hilfsmittel («Electronic Monitoring») überwachten Hausarrest vor (Art. 237 Abs. 2 lit. c i.V.m. Abs. 3 StPO). Mit der für eine entsprechende Anwesenheitskontrolle verwendeten sogenannten elektronischen Fussfessel oder einem elektronischen Armband könnte jedoch nur sichergestellt werden, dass beim Verlassen des Wohnorts ein Alarm ausgelöst würde; eine Ortung des Flüchtlenden wäre nicht möglich. Ein elektronisches Überwachungsgerät wäre somit kein geeignetes Mittel, den Beschwerdeführer an einer Flucht insbesondere ins nahe Ausland zu hindern.¹⁴ Es kann daher unter den gegebenen Umständen den mit der Sicherheitshaft angestrebten Zweck nicht erfüllen.

Es bestehen somit keine geeigneten Ersatzmassnahmen anstelle der Sicherheitshaft.

¹³ *Hug*, Art. 237 N. 1 und 9, S. 1157, 1159; *Matthias Härri*, Basler Kommentar (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), Art. 237 N. 9 f., S. 1567 f.

¹⁴ BGE 1B_382/2009 vom 12. Januar 2010, E. 2.5; Hinweis darauf auch für den vorliegenden Fall im BGE 1B_104/2011 vom 24. März 2011, E. 5.4; zur Handhabung der Überwachung BGE 136 IV 26 f. E. 3.4; *Jonas Weber*, Basler Kommentar (Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**), Art. 237 N. 36 ff., S. 1571 f.