

Strafprozessrecht - Berufung - Rückzugsfiktion - KGE (Einzelrichter der I. Strafrechtlichen Abteilung) vom 8. Januar 2019, Staatsanwaltschaft c. X. – TCV P1 17 49

Berufung StPO: Nichteintreten bzw. Rückzugsfiktion bei dauernder Unerreichbarkeit des Beschuldigten für Verteidiger und Gericht

- Reicht der amtliche Verteidiger nach der Berufungsanmeldung und Zustellung des begründeten Urteils eine Berufungserklärung ein, ohne dazu nochmals mit dem Verurteilten Rücksprache zu nehmen, ist auf die Berufung nicht einzutreten (E. 2.1.1).
- Ist der Verurteilte weder für das Gericht noch die Verteidigung erreichbar und holt er die ihm avisierten Postsendungen nicht ab, ist auch bei einer im Ausland wohnhaften Partei von einem Desinteresse am Berufungsverfahren und einem konkludenten Rückzug der Berufung auszugehen (E. 2.1.2, 2.2. und 2.3).

Appel pénal : irrecevabilité voire fiction de retrait lorsque le prévenu reste durablement inatteignable par son mandataire et le tribunal

- L'appel est irrecevable si le défenseur d'office dépose une déclaration d'appel après l'annonce d'appel et la notification du jugement motivé sans avoir pu s'entretenir encore une fois avec le condamné (consid. 2.1.1).
- Si le condamné ne peut être atteint ni par le tribunal ni par la défense et qu'il ne retire pas le courrier qui lui est adressé, il manifeste son désintérêt pour la procédure d'appel, même s'il réside à l'étranger, ce qui correspond à un retrait de l'appel par acte concluant (consid. 2.1.2, 2.2. et 2.3).

Aus den Erwägungen

A. Das Kreisgericht Oberwallis in Brig fällte am 9. Juni 2017 ein Strafurteil gegen X. und einen Mitbeschuldigten, welches es beiden Parteien am 9. Juni 2017 als Dispositiv mündlich eröffnete.

[...]

Der Verurteilte meldete gegen dieses Urteil am 22. Juni 2017 Berufung an und beantragte gleichzeitig die Entlassung aus der Sicherheitshaft. Letzteres wurde ihm am 5. Juli 2017 auf den 5. August 2017 gewährt. Das begründete Urteil vom 9. Juni 2017 wurde beiden Verurteilten am 6. September 2017 übermittelt. Der Mitbeschuldigte Y. zog am 25. September 2017 sein Rechtsmittel zurück. Der amtliche Verteidiger von X. reichte am 27. September 2017 eine Berufungserklärung ein.

[...]

Der Verteidiger legte in der Berufungserklärung dar, sein Mandant sei am 5. August 2017 aus der Sicherheitshaft entlassen worden. Der Beschuldigte befinde sich vermutlich nicht mehr im Freiheitsentzug und sei eventuell in sein Heimatland zurückgereist, zumal er dies während des Verfahrens wiederholt angekündigt habe. Der unterzeichnete Verteidiger könne mit seinem Mandanten keinen Kontakt aufnehmen, da er über keine Koordinaten verfüge.

Der Verteidiger bestätigte am 29. September 2017, er habe seinen Mandanten seit der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2017 nicht mehr gesehen und keine persönlichen Kontakte unterhalten. Die Staatsanwaltschaft habe damals eine unbedingte Freiheitsstrafe von 26 Monaten gefordert. Seine Anträge hätten sich auf 16 Monate belaufen. Der Verteidiger sei am Schluss der Verhandlung mit seinem Klienten darüber einig geworden, eine Berufung anzumelden und auch zu erklären, falls die Sanktion mehr als 16 Monate betragen werde. Das Kantonsgericht behielt sich am 12. Oktober 2017 gestützt auf diese Antwort eine Überprüfung, ob überhaupt auf die Berufung einzutreten sei, ausdrücklich vor. Es lud den Beschuldigten am 28. September 2018 zur Berufungsverhandlung vor und verwies u.a. auf ein in der Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung (CAN) 2018 publiziertes Urteil. Der Verteidiger bezog am 16. Oktober 2018 erneut Stellung. Der Beschuldigte nahm die Vorladung nicht in Empfang. Das Kantonsgericht sagte daraufhin am 21. November 2018 die angesetzte Sitzung ab, um vorab zu prüfen, ob eine Rückzugsfiktion vorliege.

[...]

2.1.1 Der amtliche Verteidiger ist kein unkritisches «Sprachrohr» seiner Klientschaft. Es gehört nicht zu seinen Sorgfaltspflichten, in Ermangelung eines aktuellen Kontakts und somit ohne Besprechung des ausführlich begründeten Urteils an der angemeldeten Berufung festzuhalten bzw. diese allein und ohne aktuelle Besprechung und Instruktion aufgrund eines bloss hypothetischen Willens mündlich oder schriftlich zu begründen (vgl. in einem ähnlichen Fall: Urteil des Aargauer Obergerichts SST.2015.147 vom 20. August 2015 in: CAN 2016 Nr. 46 E. 1.2 mit Hinweisen). Die Instruktion des amtlichen Verteidigers durch den Berufungskläger bildet mithin eine Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 403 Abs. 1 lit. c StPO (Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt SB.2012.73 vom 13. November 2014 als Folgeentscheid des nachfolgend wiederholt erwähnten Bundesgerichtsurteils 6B_876/2013 vom 6. März 2014).

2.1.2 Die Partei kann auf ein Rechtsmittel verzichten oder dieses (bis kurz vor dem zweitinstanzlichen Urteil) zurückziehen (vgl. Art. 386 Abs. 2 StPO; sog. Parteidisposition). Dies ist gemäss Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO der Fall, wenn die Partei, die die Berufung erklärt hat, nicht vorgeladen werden kann. Das Rechtsmittelverfahren unterscheidet sich mithin wesentlich vom erstinstanzlichen Prozess, weil Letzterer die Zielsetzung hat, ein materielles Urteil auszufällen.

Der Teilsatz «nicht vorgeladen werden kann» stellt eine Spezialbestimmung des Berufungsverfahrens dar und ist auszulegen. Er ist nicht eng auf die Frage zu begrenzen, ob eine Person rechtlich vorgeladen werden kann, da derlei jedenfalls durch eine Publikation im Amtsblatt immer möglich ist. Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO wäre sonst sinnlos (Urteil des Obergerichts Bern SK 17 138-141 vom 23. Februar 2018 in: CAN 2018 Nr. 39 E. 6.2 mit Verweis auf das Urteil des Obergerichts Aargau SST.2015.147 vom 20. August 2015, in: CAN 2016 Nr. 46 E. 1.3 sowie Urteil des Kantonsgerichts Jura CP 23/2017 vom 10. August 2017). Die Norm verfolgt vielmehr den Zweck, Beschuldigte in Anwendung einer gesetzlichen Fiktion nicht zur Berufung zuzulassen, wenn sie erkennbar kein Interesse an einer Partizipation am Berufungsverfahren haben. Es reicht mithin nicht aus, wenn der Beschuldigte seinem amtlichen Verteidiger nach Kenntnisnahme des erstinstanzlichen Dispositivs mitteilt, er sei mit dem Entscheid nicht einverstanden und wolle dagegen vorgehen. Der Wille, eine Berufung zu führen, also das Urteil von der nächsthöheren Instanz überprüfen zu lassen, muss während des Rechtsmittelverfahrens fortlaufend gegeben sein. Diese Strenge rechtfertigt sich, weil diejenige Partei, welche mit dem angefochtenen Urteil nicht einverstanden ist und ein Rechtsmittel ergreift, ihren Standpunkt im Berufungsverfahren darzulegen hat und vom Gericht dazu befragt werden können soll. Es stellt ein widersprüchliches Verhalten dar, wenn eine Partei zunächst ein Rechtsmittel einlegt, dann jedoch nicht an den dadurch ausgelösten Verfahrensschritten teilnimmt. Derlei verdient keinen Rechtsschutz (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 17 138-141 vom 23. Februar 2018 in: CAN 2018 Nr. 39 E. 6.2, vgl. dazu auch Urteil des Obergerichts Obwalden AS 14/002 und AS 14/006 vom 9. Januar 2015, in: CAN 2015 S. 124 E. 1.4 f.). Ein Rechtsmittel gilt, zusammengefasst, gemäss Art. 407 Abs. 1 Bst. c StPO als zurückgezogen, wenn sich ein (konkludentes) Desinteresse an einer Berufung manifestiert (Urteil des Obergerichts Bern SK 17 138-141 vom 23. Februar 2018 in: CAN 2018 Nr. 39 E. 6.2). Ein konkludenter Rückzug des Rechtsmittels muss

gemäss Bundesgericht angenommen werden, wenn sich aus dem gesamten Verhalten des Betroffenen der Schluss aufdrängt, er verzichte mit seinem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihm zustehenden Rechtsschutz (in Bezug auf eine Einsprache: Bundesgerichtsurteil 6B_1143/2017 vom 1. Juni 2018 E. 1.2).

2.2 Anwalt und Klient haben im konkreten Fall am Schluss der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2017 zum letzten Mal das weitere Vorgehen besprochen. Der Beschuldigte habe zu diesem Zeitpunkt eine Anfechtung gefordert, sofern das Urteil für ihn ungünstig ausfalle. Der Entscheid ist in der Hauptverhandlung nicht mündlich eröffnet worden, die Vorinstanz hat das Judikatum gleichentags schriftlich übermittelt. Der Verteidiger hat die Berufung am 22. Juni 2017 angemeldet und gleichzeitig um Entlassung aus der Haft ersucht, da 2/3 der maximal zugesprochenen Haft Anfang August abgelaufen seien. Der Klient sei von seinem Verteidiger über die Berufungsanmeldung in Kenntnis gesetzt worden. Die kurz bevorstehende Entlassung aus dem Gefängnis ist dem Beschuldigten zum Zeitpunkt, da er dem Verteidiger die Anweisung erteilt haben soll, den Entscheid unter Umständen anzufechten, nicht bewusst gewesen. Das angefochtene Urteil des Kreisgerichts besteht aus 75 Seiten, die dem Beschuldigten nicht zur Kenntnis gebracht worden sind. Er hat mithin seinen Entscheid, die Angelegenheit anzufechten, gefällt, ohne das umfassend begründete Urteil überhaupt zur Kenntnis zu nehmen.

[...]

Es liegt in erster Linie im Interesse des Beschuldigten, seinen Anwalt über den Stand des Verfahrens anzufragen. Eine Kontaktaufnahme ist einfach, weil auf jeder anwaltlichen Korrespondenz Adresse, Telefonnummer und E-Mailadresse des Verteidigers genannt sind. Der Rechtsanwalt ist ausserdem per Internetsuche leicht auffindbar. Ein Minimum an gutem Willen vorausgesetzt, wird der Beschuldigte seinen Verteidiger finden und sich bei ihm melden können. Der Beschuldigte hat seinen Anwalt trotzdem seit der Hauptverhandlung vom 9. Juni 2017, also seit 1 ½ Jahren, nicht mehr kontaktiert.

Das Gericht hat den Beschuldigten an seiner aktenkundigen Adresse angeschrieben. Er ist, laut Bestätigung auf dem Umschlag, von der rumänischen Post avisiert worden und hat die Mitteilung trotzdem nicht abgeholt. Es ist mithin durchaus eine Adresse bekannt, unter welcher der Anwalt seinen Klienten anschreiben könnte. Es fällt in diesem Zu-

sammenhang zudem auf, dass der Beschuldigte die an ihn adressierte Gerichtsvorladung, die ins Rumänische übersetzt worden ist, nicht einmal in Empfang nimmt. Er hat sich ausserdem zu keinem Zeitpunkt ans Kantonsgericht gewandt.

Der Beschuldigte hat mithin seit 1 ½ Jahren Gleichgültigkeit über ein Berufungsverfahren, dessen Einleitung ihm durchaus bekannt ist, demonstriert. Der Verteidiger vermag ihn ausserdem nicht zu kontaktieren, um nach Aufhebung der Sicherheitshaft und Eingang des begründeten Urteils die fundierte Motivation zu besprechen und weitere Instruktionen einzuholen.

2.3 Der Verteidiger verweist auf den BGE 140 IV 86 E. 2.6 und postuliert, «die Rückzugsfiktion kann sodann nur zum Tragen kommen, wenn aus dem unentschuldigtem Fernbleiben nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auf ein Desinteresse am weiteren Gang des Strafverfahrens geschlossen werden kann». Es ist zu prüfen, ob eine solche Annahme in jedem Fall die unbegründete Absenz des Beschuldigten voraussetzt oder ob schon vorher aus anderen Gründen auf ein manifestes Desinteresse geschlossen werden kann. Ein konkludenter Rückzug ist gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung anzunehmen, wenn sich aus dem gesamten Verhalten des Betroffenen der Schluss aufdrängt, er verzichte mit seinem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihm zustehenden Rechtsschutz (in Bezug auf eine Einsprache: Bundesgerichtsurteil 6B_1143/2017 vom 1. Juni 2018 E. 1.2). Es ist mithin aufgrund dieser Erwägung nicht davon auszugehen, ein konkludent erklärter Rückzug setze in jedem Fall eine ignorierte Vorladung voraus.

Der Verteidiger verweist auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_876/2013 vom 6. März 2014 (u.a. konkretisiert im Urteil des Bundesgerichts 6B_615/2017 vom 2. Mai 2018). Das Bundesgericht hat darin die Anwendbarkeit von Art. 407 Abs. 1 lit. a StPO geprüft, der allerdings vorliegend nicht zur Anwendung kommt. Das Berufungsgericht hat es im damaligen Fall unterlassen, einen Beschuldigten persönlich vorzuladen und die Vorladung (für den Beschuldigten) einzig dem Verteidiger zugestellt. Das Bundesgericht hat derlei als StPO-widrig erkannt. Der Beschuldigte ist im aktuellen Fall ordnungsgemäss (persönlich und in der rechtshilfweise vorgesehenen Form) vorgeladen worden. Der vorliegende Entscheid beruht aber ohnehin nicht auf dem Nichterscheinen nach einer Vorladung im Ausland, sondern auf dem passiven Verhalten

des Beschuldigten nach der Hauptverhandlung. Die manifestierte Gleichgültigkeit trotz Kenntnis der Anfechtung, welche im vorliegenden Fall nach Treu und Glauben das Desinteresse am laufenden Prozess bekundet, ist entscheidend.

Das Bundesgericht hat gemäss zitiertem Urteil 6B_876/2013 vom 6. März 2014 E. 2.4.1 der Vorinstanz widersprüchliches Verhalten vorgeworfen, weil sie erst an der Berufungsverhandlung die wirksame prozessuale Vertretung der beschuldigten Person in Frage gestellt hat. Das Kantonsgericht hat im vorliegenden Fall frühzeitig kommuniziert, es werde im Verlauf des Verfahrens prüfen, ob auf die Berufungserklärung überhaupt einzutreten sei. Es hat ausserdem dem Verteidiger wiederholt ermöglicht, zu einem allfälligen konkludenten Rückzug seines Mandanten Stellung zu beziehen und auch auf den oben zitierten Entscheid des Obergerichts Bern verwiesen. Der Verteidiger hat wiederholt Stellung bezogen. Ein widersprüchliches Vorgehen kann dem Kantonsgericht mithin nicht vorgeworfen werden.

Der Beschuldigte hat seinem Anwalt nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung mitgeteilt, er wolle den Entscheid anfechten, wenn das Urteil für ihn «ungünstig» sei. Der amtliche Verteidiger hat danach, also auch nach dem Empfang des Judikats und des positiven Entscheids i.S. Haftentlassung keine wechselseitige Kommunikation mit seinem Klienten praktiziert. Er verfügte ausserdem nach Eingang des ausführlich begründeten Urteils über keine Möglichkeit mehr, Instruktionen seines Mandanten einzuholen. Es fehlt somit auch eine Prozessvoraussetzung, nämlich die in Kenntnis des begründeten Urteils erteilte Instruktion, die Berufung zu erklären und daran festzuhalten.

2.4 Das Berufungsverfahren wird mangels Prozessvoraussetzung oder wegen des fiktiven Rückzugs als erledigt abgeschlossen soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil der Vorinstanz vom 9. Juni 2017 ist in Rechtskraft erwachsen (Art. 437 Abs. 1 Bst. b StPO).