

27. Januar 2012

Anordnung von Untersuchungshaft

Verfahrensrechtliche Fragen

Anforderungen an die übersetzende Person. Keine Befangenheit, wenn sie bereits bei der Staatsanwaltschaft im selben Verfahren tätig war (a). Fragen zu Protokoll und Verteidigung im Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft (b). Faktisch ist der Antrag auf Untersuchungshaft beim Zwangsmassnahmengericht eine Verfügung betreffend eine Zwangsmassnahme im Sinne einer vorübergehenden Inhaftierung bis zum Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts (c). Die beschuldigte Person hat einen gesetzlichen Anspruch auf eine mündliche Anhörung durch einen Staatsanwalt oder durch eine Staatsanwältin im Hinblick auf seinen Entscheid betreffend Haftanordnung (e).

Sachverhalt

Gegen die Beschuldigte wird ein Verfahren unter anderem wegen mehrfachen Diebstahls geführt. Am 25. Januar 2012 ist sie durch die Kantonspolizei Basel-Stadt angehalten und am 26. Januar 2012 der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft zugeführt worden. Gleichentags ist um 16:23 Uhr die Hafteröffnungseinvernahme durch die Untersuchungsbeamtin A.____ durchgeführt worden. Der Antrag auf Anordnung von Untersuchungshaft ist am 27. Januar 2012 durch den Staatsanwalt B.____ unterzeichnet worden. Die Staatsanwaltschaft hat sich von der Verhandlung des Zwangsmassnahmengerichts dispensieren lassen.

Erwägungen

B.

a) Der Verteidiger rügt, das Gericht habe dieselbe übersetzende Person für die Gerichtsverhandlung aufgeboden, welche bereits zuvor bei den Strafverfolgungsbehörden übersetzt habe. Die Strafprozessordnung sagt nichts über persönliche und fachliche Voraussetzungen, welche an die übersetzende Person zu stellen sind. Art. 68 Abs. 5 StPO verweist einzig auf die Vorschriften über die Sachverständigen. Übersetzende Personen haben grundsätzlich die Stellung von Verfahrensbeteiligten und es gelten für sie die Ausstandsvorschriften von Art. 56 StPO. Die Wahl der übersetzenden Person ist ein

Ermessensentscheid des Verfahrensleiters, wobei die Qualität des Übersetzers das massgebliche Kriterium ist (ADRIAN URWYLER, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger [Herausgeber], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 68 N 10/11). Vorliegend sind Ausstandsgründe gegen die übersetzende Person weder ersichtlich, noch werden sie geltend gemacht. Da zudem die fachlichen Voraussetzungen der übersetzenden Person seitens des Beschuldigten nicht in Frage gestellt werden, ist festzuhalten, dass dessen Rüge betreffend die übersetzende Person, welche im Übrigen mit keinem konkreten Antrag verbunden war, nicht zu hören ist.

b) Seitens des Beschuldigten wird im Weiteren gerügt, ihm sei im Verfahren vor der Staatsanwaltschaft kein Verteidiger zur Verfügung gestellt worden. Man habe ihn mit dem Hinweis, er müsse seine Verteidigung selber bezahlen, davon abgehalten, auf den Beizug einer solchen zu bestehen. Im Weiteren seien dem Beschuldigten die Protokolle nicht rückübersetzt worden. Diese Vorgehensweise sei unzulässig, weshalb die Protokolle von Staatsanwaltschaft und Polizei nicht verwertbar seien.

Gemäss Art. 129 Abs. 1 StPO ist die beschuldigte Person berechtigt, in jedem Strafverfahren und auf jeder Verfahrensstufe einen Rechtsbeistand im Sinne von Art. 127 Abs. 5 mit ihrer Verteidigung zu betrauen (Wahlverteidigung) oder, unter Vorbehalt von Art. 130 (notwendige Verteidigung) sich selber zu verteidigen. Die beschuldigte Person muss verteidigt werden, wenn eine der Voraussetzungen von Art. 130 lit. a - e StPO erfüllt ist. Aufgrund der Akten ist festzustellen, dass der Beschuldigte sowohl anlässlich seiner Einvernahme durch die Polizei vom 26. Januar 2012 als auch anlässlich seiner Haftanhörung am 26. Januar 2012 auf sein Recht, einen Wahlverteidiger beizuziehen resp. einen amtlichen Verteidiger zu beantragen, hingewiesen wurde. Es besteht demnach diesbezüglich kein absolutes Verwertungsverbot im Sinne von Art. 158 Abs. 2 StPO, d.h. dass Einvernahmen ohne die in Art 158 Abs. 1 StPO aufgezählten Hinweise nicht verwertbar sind. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Beschuldigte anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 26. Januar 2012 unterschriftlich bestätigt hat, dass ihm das Protokoll rückübersetzt wurde. Im Protokoll der Haftanhörung gleichen Datums fehlte ein diesbezüglicher Hinweis.

c) Das Zwangsmassnahmengericht hat festgestellt, dass die Hafteröffnungseinvernahme vom 26. Januar 2012, 16.23 Uhr, seitens der Staatsanwaltschaft durch eine Untersuchungsbeauftragte durchgeführt worden ist. Nach Art. 224 Abs. 1 StPO hat die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person unverzüglich zu befragen und ihr Gelegenheit zu geben, sich zum Tatverdacht und zu den Haftgründen zu äussern. Art. 31 Abs. 2 BV gewährleistet neben dem rechtlichen Gehör (Art. 107 Abs. 1 lit. d StPO) auch einen Informationsanspruch der beschuldigten Person betreffend die Voraussetzungen, Gründe und Modalitäten des Freiheitsentzugs. Faktisch ist der Antrag auf Untersuchungshaft beim

Zwangsmassnahmengericht eine Verfügung betreffend eine Zwangsmassnahme im Sinne einer vorübergehenden Inhaftierung bis zum Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts (vgl. MARC FORSTER, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger [Herausgeber], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 224 StPO N 2 f.).

da) Gemäss Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 und 2 StPO sind die Kantone für die Organisation der Strafbehörden zuständig, soweit dieses Gesetz oder andere Bundesgesetze dies nicht abschliessend regeln (HANSPETER USTER, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger [Herausgeber], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 14 N 1 und 3; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009 [nachfolgend Praxiskommentar], vor Art. 12-21 N 1). Den Kantonen stehen diverse Freiheiten in der Ausgestaltung ihrer Staatsanwaltschaft zu. Sie können eine ihren Bedürfnissen entsprechende Organisationsform in ihren Einführungsgesetzen bestimmen. Dazu gehört auch, dass die Kantone bestimmen, inwieweit Untersuchungshandlungen in Anwendung von Art. 311 Abs. 1 StPO (Beweiserhebung) Mitarbeitern übertragen werden sollen (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009 [nachfolgend Handbuch], Rz. 356 und 359; BBI **2006** 1102 und 1134). Zu den wesentlichen Untersuchungshandlungen, welche durch die Staatsanwältinnen/Staatsanwälte durchzuführen sind, gehören unter anderem Haftanträge an das Zwangsmassnahmengericht (JÜRIG SOLLBERGER, in: Peter Goldschmid / Thomas Maurer / Jürg Sollberger [Herausgeber], Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 302; BBI **2006** 1265; NATHAN LANDSHUT, in: Andreas Donatsch / Thomas Hansjakob / Viktor Lieber [Herausgeber], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 311 N 10; SCHMID, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 311 N 3; SCHMID, Handbuch, a.a.O., Rz. 1232; ESTHER OMLIN, in: Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger [Herausgeber], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011, Art. 311 N 7). Somit ist festzuhalten, dass das gesamte Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 224 StPO - hiezu gehört insbesondere die Anhörung der beschuldigten Person zum Tatverdacht und den Haftgründen - durch die Staatsanwältinnen/Staatsanwälte durchzuführen ist und nicht an Untersuchungsbeauftragte delegiert werden kann. Die Staatsanwältin oder der Staatsanwalt haben zu entscheiden, ob im konkreten Fall ein Antrag auf Haftanordnung beim Zwangsmassnahmengericht zu stellen ist oder nicht. Wird ein Haftantrag beim Zwangsmassnahmengericht gestellt, verlängert sich die Inhaftierung der beschuldigten Person bis zum Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts. Dies kann bis zu 96 Stunden dauern. Der Entscheid darüber, ob die beschuldigte Person für bis zu 96 Stunden in Haft

verbleibt, stellt zweifelsohne eine einschneidende Zwangsmassnahme dar. Sie greift unmittelbar in die Freiheitsrechte der beschuldigten Person ein.

db) Aus dem entsprechenden Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission vom 22. Dezember 2008 ergibt sich, dass Untersuchungsbeauftragte keine Zwangsmassnahmen vornehmen dürfen, auch nicht unter der Leitung oder im Auftrag der Staatsanwaltschaft. Zwangsmassnahmen sind durch die Staatsanwaltschaft persönlich anzuordnen und vor dem Gericht persönlich zu vertreten (S. 6), lautet doch die Formulierung: *Die Untersuchungsbeauftragten sind befugt, unter der Leitung oder im Auftrag der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte Untersuchungshandlungen vorzunehmen* (Entwurf EG StPO in der von der Redaktionskommission bereinigten Fassung). Im Landrat hat diese vorgeschlagene Änderung der Justiz- und Sicherheitskommission zu keinen Diskussionen Anlass gegeben (Protokoll vom 15. und 19. Januar 2009).

dc) Der Entwurf von § 2 des Dekrets zum Einführungsgesetz zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Dekret EG StPO, SGS 250.1) sah vor, dass Untersuchungsbeauftragte im Pikettdienst die Kompetenz haben, Zwangsmassnahmen anzuordnen bzw. Haft dem Zwangsmassnahmengericht zu beantragen und die Pikettfälle vor diesem zu vertreten. Dies, da es einerseits gestützt auf Art. 14 Abs. 2 StPO keine Rolle spiele, wie eine Funktion bezeichnet werde, andererseits solle ein früher Handwechsel vermieden werden. Würde den Untersuchungsbeauftragten im Pikett nicht diese Kompetenz gegeben, hätte dies eine stärkere Belastung der Staatsanwälte/Staatsanwältinnen zur Folge (LRV 2010-060 vom 9. Februar 2010, Bestimmung der Anzahl der weiteren ordentlichen Staatsanwälte und Staatsanwältinnen gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung gestützt auf § 10 Abs. 2 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Dekret zum Einführungsgesetz zur Schweizerischen Strafprozessordnung, S. 12). Aus dem entsprechenden Bericht der Justiz- und Sicherheitskommission vom 29. März 2010 geht hervor, dass diese bewusst dieser Formulierung zugestimmt hat und eine Ausdehnung der Kompetenzen der Untersuchungsbeauftragten zum Erlass von Zwangsmassnahmen wollte. Diese Kompetenz sollte allerdings allein auf den Piketteinsatz beschränkt sein (S. 2). Aus dem Protokoll der Landratssitzung vom 15. April 2010 geht hervor, dass diese Erweiterung der Kompetenzen der Untersuchungsbeauftragten auf den Erlass von Zwangsmassnahmen im Piketteinsatz unbestritten war.

dd) § 87 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft bestimmt, dass die Organisation, Zuständigkeit und Verfahren der kantonalen Gerichte durch das Gesetz geregelt werden. Die Kantonsverfassung erweitert damit den Anspruch auf den verfassungsmässigen Richter ("gesetzlicher Richter" gemäss Art. 29 Abs. 1 BV) dahingehend, dass die diesbezüglichen Bestimmungen ausnahmslos in einem Gesetz im

formellen Sinn enthalten sein müssen (§ 63 Abs. 1 KV). Ein Dekret ist gemäss § 63 Abs. 3 KV die Erlassform, in welcher der Landrat Ausführungsbestimmungen zu Gesetzen erlässt. Dekrete unterliegen gemäss § 63 Abs. 3 2. Satz KV nicht der Volksabstimmung, weshalb sie keine Gesetze im formellen Sinn darstellen. Es ist dem kantonalen Gesetzgeber somit versagt, allenfalls der Praktikabilität dienende Normen auf Verordnungsstufe zu regeln (Urteil des Verfassungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 21.06.2000 i.S. A.C. [Nr. 139]).

Gemäss § 10 EG StPO wählt der Landrat den Ersten Staatsanwalt/die Erste Staatsanwältin und die einzelnen Leitenden Staatsanwälte/Staatsanwältinnen. Der Regierungsrat stellt die weiteren Staatsanwälte und Staatsanwältinnen an. Die Staatsanwaltschaft stellt die weiteren Mitarbeitenden an. Somit werden die Untersuchungsbeauftragten im Gegensatz zu den Staatsanwälten/Staatsanwältinnen nicht vom Regierungsrat gewählt, sondern von der Staatsanwaltschaft ausgewählt und von der Sicherheitsdirektion angestellt.

de) Aus Art. 46 Abs. 1 BV ergibt sich die derogatorische Kraft des Bundesrechts, welche besagt, dass die Kantone das Bundesrecht nach Massgabe der Verfassung und Gesetz umzusetzen haben. Somit kann festgehalten werden, dass Art. 311 Abs. 1 StPO lediglich eine Delegation von Untersuchungshandlungen an Untersuchungsbeauftragte ermöglicht. Insofern wird die Organisationsautonomie der Kantone gemäss Art. 14 Abs. 1 und 2 StPO eingeschränkt. Es gibt keinen Handlungsspielraum dafür, dass die Anordnung von Zwangsmassnahmen (insbesondere das Haftverfahren der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 224 StPO und die Vertretung der Haftfälle vor dem Zwangsmassnahmengericht) an Nichtstaatsanwälte/Nichtstaatsanwältinnen delegiert werden kann. Es ist deshalb unzulässig, im Rahmen der Organisationsautonomie der Kantone im Bereich der Strafbehörden (Art. 123 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 14 Abs. 1 und 2 StPO), den Erlass von Zwangsmassnahmen Untersuchungsbeauftragten zu ermöglichen, da diese Tätigkeit den Staatsanwälten/Staatsanwältinnen vorbehalten ist (Art. 311 Abs. 1 StPO). Selbst wenn der Erlass von Zwangsmassnahmen durch Untersuchungsbeauftragte möglich wäre, so müsste die entsprechende gesetzliche Grundlage im Kanton Basel-Landschaft in einem Gesetz im formellen Sinn geschaffen werden (§ 63 Abs. 1 KV). § 12 EG StPO verunmöglicht, Untersuchungsbeauftragte mit dem Erlass von Zwangsmassnahmen zu betrauen. Es ist nicht möglich, diese eindeutige Bestimmung durch eine entsprechende Norm in einem Dekret abzuändern, auch wenn die entsprechende Kompetenz nur für den Einsatz im Pikett gilt. Dies gilt umso mehr, als dass § 12 EG StPO im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen der StPO (u.a. Art. 311 StPO) ist und das Dekret EG StPO im Widerspruch zum kantonalen Gesetz im formellen Sinn und zum Bundesrecht steht.

e) Zum Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV gehört das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern sowie das Recht auf Abnahme der rechtzeitig und formrichtig

angebotenen rechtserheblichen Beweismittel. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf eine mündliche Anhörung besteht indessen nicht (Entscheid des Bundesgerichts [1C 388/2009](#) vom 17.02.2010 E. 5.1).

Indem in Art. 224 Abs. 1 StPO die unverzügliche Befragung der beschuldigten Person durch die Staatsanwaltschaft und ihre Gelegenheit, sich zum Tatverdacht und zu den Haftgründen zu äussern, vorgeschrieben ist, besteht zudem ein gesetzlicher Anspruch der beschuldigten Person auf mündliche Anhörung durch die Staatsanwaltschaft im Hinblick auf ihren Entscheid betreffend Haftanordnung.

Das Erkenntnisverfahren während der Haftanhörung bezieht sich auf die Beurteilung der betroffenen Persönlichkeit und der Notwendigkeit freiheitsbegrenzender Massnahmen. Die Staatsanwältin oder der Staatsanwalt, der die Haftanordnung - durch die immerhin eines der wichtigsten Rechtsgüter des Menschen beschnitten wird - zu beurteilen hat, soll aus diesem Grund vorweg einen eigenen, unverfälschten Eindruck von der beschuldigten Person gewinnen können. Auch ein während einer Befragung durch eine andere Person erstelltes Protokoll, mag es noch so vollständig und sorgfältig aufgenommen worden sein, kann der zuständigen Staatsanwältin oder dem zuständigen Staatsanwalt nie denselben Eindruck vermitteln wie die persönliche Konfrontation mit der beschuldigten Person (vgl. [BGE 115 II 129](#) E. 6).

f) Indem der Antrag an das Zwangsmassnahmengerichts betreffend die Anordnung von Untersuchungshaft, d.h. eine faktische Verfügung betreffend eine Zwangsmassnahme (vgl. vorne B/c), zwingend durch die zuständige Staatsanwältin oder den zuständigen Staatsanwalt zu erfolgen hat, ist zu folgern, dass auch einzig diese oder dieser der beschuldigten Person anlässlich der Haftanhörung das rechtliche Gehör betreffend diese Zwangsmassnahme gewähren kann. Ohnehin handelt es sich bei der Haftanhörung um eine wesentliche Untersuchungshandlung, welche deshalb zwingend durch eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt durchzuführen ist (vgl. hierzu vorne B/da).

Im Übrigen ist festzustellen, dass die Hafteröffnungseinvernahme an einem Donnerstag um 16.23 Uhr durchgeführt wurde, d.h. die Mitteilung der Polizei mutmasslich während den üblichen Blockzeiten (vgl. Dekret EG StPO) einging und somit ohne Weiteres durch die zuständige Staatsanwältin oder den zuständigen Staatsanwalt hätte durchgeführt werden können.

g) Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden können gemäss Art. 393 Abs. 1 StPO gerügt werden, wobei für die Behandlung der Beschwerde die Dreierkammer des Kantonsgerichts zuständig ist (§ 15 Abs. 2 EG StPO).

Vorliegend kann die Frage einer Gehörsverletzung durch die Staatsanwaltschaft, zumal sie von der Verteidigung auch nicht gerügt wurde, jedoch offen gelassen werden, ist doch das Zwangsmassnahmengericht nicht zuständig, Beschwerden gegen Verfügungen - in casu evtl. Haftantrag - und Verfahrenshandlungen - in casu Haftanhörung - zu behandeln.

h) Ohnehin ist aber festzuhalten, dass das Zwangsmassnahmengericht bei der Beweiswürdigung weder auf die Haftanhörung noch auf die polizeiliche Einvernahme vom 26. Januar 2012 abgestellt hat.

Inwieweit inskünftig eine Dispensation der Staatsanwaltschaft für die Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht bei Haftanordnungen weiterhin möglich ist, wenn die beschuldigte Person nicht durch eine Staatsanwältin oder einen Staatsanwalt zur Haft angehört wurde, kann vorliegend offen bleiben, ist doch davon auszugehen, dass es sich um ein einmaliges Versehen handelt, welches zudem vom Verteidiger bislang nicht bei der zuständigen Instanz gerügt worden ist. Unter Umständen erscheint es jedoch wohl angebracht, dass die beschuldigte Person anlässlich der Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht persönlich von der zuständigen Staatsanwältin oder vom zuständigen Staatsanwalt die Gründe etc. des Freiheitsentzugs erfährt und sich bei ihm hierzu äussern kann.

Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts vom 27. Januar 2012 (350 12 48)