

BS_APPELLATIONSGERICHT DG.2017.23 vom 5. Mai 2017

BS Appellationsgericht, 2017-05-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_DG.2017.23

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT DG.2017.23 du 5 mai 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT DG.2017.23 del 5 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

Das Ausstandsbegehren richtet sich gegen den (gesamten) Spruchkörper im Berufungsverfahren SB.2014.46. Ausstandsgericht ist deshalb das Berufungsgericht (Art. 59 Abs. 1 lit. c der Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0). Da die Berufung des Gesuchstellers in Kammerbesetzung zu beurteilen ist, entscheidet auch das Ausstandsgericht als Kammer, wobei die abgelehnten Personen durch ihnen entsprechende Gerichtsmitglieder ersetzt werden (§ 56 Abs. 4 Ziff. 2 und Abs. 5 GOG). Die abgelehnten Mitglieder des Berufungsgerichts haben, wie es in Art. 58 Abs. 2 StPO vorgesehen ist, zum Gesuch Stellung genommen.

E. 2

2.1 Der Gesuchsteller begründet sein Gesuch damit, dass die durch ihn im Berufungsverfahren zur Entfernung beantragten Akten inzwischen rechtskräftig als unverwertbar beurteilt worden sind. Seiner Meinung nach wäre es nun widersinnig, wieder denselben Spruchkörper für die Beurteilung einzusetzen, dessen Gehirne durch unverwertbare Akten bereits kontaminiert seien. Es widerspräche klar dem Sinn und Zweck von Art. 141 Abs. 5 StPO, wenn die Unverwertbarkeit feststeht und die Akten entfernt werden müssen, aber dennoch derselbe Spruchkörper in derselben Besetzung in der Sache entscheiden dürfe, da in einem solchen Falle die Akten faktisch gar nicht entfernt würden, sondern als unzulässige Schlussfolgerungen in den Gehirnwindungen der Richterinnen und Richter weiter herumgeisterten.

2.2 Das Bundesgericht hat dem Gesuchsteller (und den Erwägungen des Berufungsgerichts im aufgehobenen Entscheid) lediglich darin zugestimmt, dass die Aussagen von D_____ mangels Konfrontation nicht verwertbar seien. Über die übrigen vom Gesuchsteller als unverwertbar bezeichneten Akten, insbesondere über den SMS-Verkehr zwischen D_____ und dem Opfer und dem Gesuchsteller, hat sich das Bundesgericht nicht ausgesprochen. Was die Einvernahmeprotokolle von D_____ betrifft, hat das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass deren Entfernung aus den Akten im Rahmen des zurückliegenden Berufungsverfahrens nicht mehr geeignet gewesen wäre, eine allfällige Beeinflussung des Gerichts zu verhindern. Deshalb hätten die Akten nicht entfernt werden müssen und sei Art. 141 Abs. 5 StPO nicht verletzt worden. Trotz diesbezüglicher Geltendmachung durch den Gesuchsteller hat das Bundesgericht weiter festgehalten, dass der Umstand, dass die unverwertbaren Einvernahmeprotokolle bei den Akten belassen wurden, nicht per se dazu führe, dass das Berufungsgericht nach der Rückweisung neu besetzt werden müsse (BGer 6B_542/2016 vom 05. Mai 2017 E. 4; ebenso das vom Gesuchsteller selber eingereichte Urteil BGer 6B_760/2016 vom 29. Juni 2017 E. 3.5). Das Bundesgericht verneint auch in Bezug auf die separate Anfechtbarkeit der Belassung von nicht verwertbaren Aktenstücken in den Akten regelmässig einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil gemäss Art. 93 Abs.

1 lit. a BGG mit dem Hinweis, dass von einem Sachgericht erwartet werden könne, dass es in der Lage sei, unzulässige Beweise von den zulässigen zu unterscheiden und sich bei der Würdigungausschliesslich auf Letztere zu stützen (BGE 141 IV 289 E. 1.2 S. 291 f.). Es wird durch den Gesuchsteller nicht begründet und ist auch nicht ersichtlich, warum im vorliegenden Fall die Gehirne der bisher mit der Sache befassten Gerichtsmitglieder nun plötzlich derart ■kontaminiert■ sein sollen, dass sie nicht nach wie vor zulässige von unzulässigen Beweisen unterscheiden und entsprechend urteilen könnten. Dass sich das Berufungsgericht im ersten Verfahren auf die Einvernahmen gestützt hätte, obschon es diese als unverwertbar erkannt hatte, macht der Gesuchsteller jedenfalls nicht geltend. Er bestreitet auch nicht, dass die von D_____ erhobenen Beschuldigungen bereits aufgrund der Anklageschrift bekannt sind (vgl. dazu Stellungnahme der betroffenen Gerichtsmitglieder vom 9. Juni 2017), weshalb auch bei einer Entfernung der Einvernahmen aus den Akten für eine neue Gerichtsbesetzung kein Zustand völliger Unkenntnis geschaffen werden könnte.

E. 3

3.1 Der Gesuchsteller wirft den Mitgliedern des Berufungsgerichts gesamthaft vor, sich in der Schuldfrage bereits eine abschliessende Meinung gebildet zu haben. Das Bundesgericht habe das Appellationsgericht nicht zur Abnahme der nicht abgenommenen Beweise verpflichtet. Es stünde dem Appellationsgericht deshalb frei, die Beweisanträge mit der Begründung einer antizipierten Beweiswürdigung abzuweisen, um so das bereits gefasste Urteil erneut bestätigen zu können. Dass diese Gefahr real sei, zeige sich auch daran, dass direkt die Ansetzung einer erneuten Berufungsverhandlung angeordnet worden sei, was nahelege, dass das Gericht nicht noch ein zweites Mal zusammenkommen solle.

3.2 Die Rückweisung eines Entscheides an das Berufungsgericht führt grundsätzlich nicht zu einer unzulässigen Mehrfachbefassung gemäss Art. 56 lit. b StPO. Von den beteiligten Gerichtsmitgliedern wird in der Regel erwartet, dass sie die Sache mit der nötigen Professionalität und Unvoreingenommenheit nochmals behandeln. Anders sieht es allenfalls aus, wenn die Mitglieder des Berufungsgerichts in einem vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil in antizipierter Beweiswürdigung zum Ergebnis gelangt sind, die Aussagen eines Zeugen, wie auch immer sie lauten mögen, vermöchten den Angeklagten nicht zu entlasten, das Bundesgericht jedoch die Einvernahme dieses Zeugen angeordnet hat. Vorliegend muss das Berufungsgericht auf Geheiss des Bundesgerichts Beweisanträge, die es im aufgehobenen Urteil als verspätet geltend gemacht qualifiziert hat, entgegennehmen und über sie entscheiden (vgl. BGer 6B_542/2016 vom 05. Mai 2017 E. 3.5). Das Berufungsgericht hat sich folglich mit den Beweisanträgen bisher inhaltlich überhaupt nicht auseinandergesetzt und diese auch nicht antizipierend gewürdigt.

3.3 Der Gesuchsteller sieht eine Befangenheit darin bestätigt, dass es das Berufungsgericht versäumt habe, vorab - sei es instruktionsrichterlich, oder sei es auf dem Zirkularweg durch den gesamten Gerichtskörper ■ über die Beweisanträge zu entscheiden. Es sei illusorisch zu glauben, dass eine Berufungsverhandlung noch ausgestellt werde, wenn der Aufwand der Terminfindung bereits durchgeführt worden sei. Es sei augenfällig, dass der Spruchkörper nun im zweiten Durchlauf des Berufungsverfahrens mit dem Berufungskläger kurzen Prozess machen wolle. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nachdem das Bundesgericht in seinem Rückweisungsentscheid das Appellationsgericht angewiesen hatte, materiell über die Beweisanträge zu entscheiden, lag es im Ermessen der Instruktionsrichterin, auf eine instruktionsrichterliche Verfügung gemäss Art. 331 Abs. 2 StPO zu verzichten und unverzüglich das Berufungsgericht über die streitige Frage

entscheiden zu lassen, zumal die Beweisanträge ja auch zuvor erst anlässlich der Verhandlung des Berufungsgerichts eingereicht worden waren, womit der Vertreter des Gesuchstellers einen instruktionsrichterlichen Entscheid selbst verunmöglicht hatte. Soweit der Gesuchsteller einen Entscheid des gesamten Berufungsgerichts lediglich über die Beweisanträge vor Durchführung der Hauptverhandlung auf dem Zirkularweg als das im vorliegenden Fall richtige beziehungsweise nicht auf Befangenheit hindeutende Vorgehen erachtet, ist er darauf hinzuweisen, dass die Strafprozessordnung eine derartige Möglichkeit der Vorabentscheidung über Beweisanträge nicht kennt (anders als der in Art. 403 StPO geregelte Entscheid über das Eintreten auf die Berufung). Das Berufungsverfahren ist grundsätzlich mündlich (Art. 405 Abs. 1 StPO). Schriftliche Berufungsverfahren sollen nach der Intention des Gesetzgebers die Ausnahme bleiben. Art. 406 StPO regelt abschliessend, wann Ausnahmen zulässig sind (BGE 139 IV 290 E. 1.1). Im Falle eines bundesgerichtlichen Rückweisungsurteils richtet sich die Art des Berufungsverfahrens gemäss der Rechtsprechung ebenfalls nach Art. 405 f. StPO. Entscheidend für die Frage, ob das Rückweisungsverfahren mündlich oder schriftlich zu führen ist, sind der Rahmen des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts und dessen für das Berufungsgericht verbindlichen Erwägungen. Das Verfahren kann schriftlich geführt werden, wenn die Rückweisung ausschliesslich Rechtsfragen betrifft (vgl. BGer 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015, BGer 6B_1220/2013 vom 18. September 2014 mit weiteren Hinweisen). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Um die Frage beantworten zu können, ob die beantragten Beweise abzunehmen sind, hat das Berufungsgericht eine antizipierte Beweiswürdigung vorzunehmen. Dass die instruierende Appellationsgerichtspräsidentin unverzüglich zur neuen Hauptverhandlung laden lassen (wollen), entsprach der gebotenen Prozessökonomie, die primär im Interesse des Gesuchstellers liegt, und war in jeder Hinsicht das korrekte Vorgehen. Es trifft nicht zu, dass damit faktisch bereits in negativem Sinn über die Beweisanträge entschieden worden wäre. Bei jedem Berufungsverfahren besteht die Möglichkeit, dass die Mitglieder des Berufungsgerichts einen durch die Instruktionsrichterin zuvor abgewiesenen oder einen neu gestellten Beweisantrag gutheissen mit der Folge, dass die Verhandlung ausgestellt wird (zuletzt im Verfahren SB.2017.28, Verhandlung vom 30. August 2017, Ausstellung des Verfahrens zwecks Einholung eines teilweisen Obergutachtens; SB.2016.35, Verhandlung vom 31. August 2017, Ausstellung des Verfahrens zwecks Einholung eines weiteren Gutachtens).

3.4 Ferner will der Gesuchsteller auch aus der gemeinsamen Stellungnahme der Gerichtsmitglieder zum Ausstandsgesuch auf das Vorliegen von Befangenheit schliessen. Bei einer unvoreingenommenen Haltung der Mitglieder des Spruchkörpers wäre zu erwarten gewesen, dass jedes Mitglied des Spruchkörpers sich zu den Gründen der geltend gemachten Befangenheit selbst und mit eigenen Worten in einer eigenen Stellungnahme geäussert hätte. Dazu ist festzuhalten, dass jedes einzelne Mitglied des Berufungsgerichts die Stellungnahme persönlich unterschrieben und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass es mit deren Inhalt einverstanden ist. Der Gesuchsteller lehnt die Mitglieder des Berufungsgerichts nicht aus individuellen Gründen ab, sondern macht deren angebliche Befangenheit pauschal mit gleicher Begründung geltend. Weshalb bei dieser Situation eine gemeinsame Stellungnahme nicht zulässig, sondern im Gegenteil Ausdruck der Befangenheit sein soll, bleibt das Geheimnis des Gesuchstellers.

3.5 Nicht gefolgt werden kann dem Gesuchsteller schliesslich, wenn er in der Replik geltend macht, die Mitglieder des Berufungsgerichts hätten in ihrer Stellungnahme nicht bestritten,

dass sie sich bereits ein Urteil gebildet hätten und davon im Rahmen des Rückweisungsentscheides auch nicht abrücken würden. Die Mitglieder des Berufungsgerichts haben die Abweisung des gegen sie gerichteten Ausstandsbegehrens beantragt. Auch wenn sie dabei nicht auf jedes einzelne Argument des Gesuchstellers eingegangen sind, haben sie damit klar zum Ausdruck gebracht, sich nicht befangen zu fühlen. Das muss genügen.

E. 4

Nach dem Gesagten ist das Ausstandsgesuch abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen dessen Kosten mit einer Gerichtsgebühr von CHF 500.■ zu Lasten des Gesuchstellers (Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StPO). Der Vertreter des Gesuchstellers hat es zwar versäumt, im vorliegenden Verfahren einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege zu stellen. Allerdings amtet er im Berufungsverfahren als amtlicher Verteidiger und ist die Hablosigkeit des Gesuchstellers bekannt. Bei dieser Situation ist für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (vgl. BGer 1B_272/2016 vom 26. September 2016), jedoch nur insofern, als die Ausführungen nicht aussichtslos erscheinen (vgl. dazu Ziff. 3.4 und 3.5). Mangels Einreichung einer Kostennote ist der vertretbare Aufwand auf 5 Stunden zu schätzen.

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