

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT DGS.2019.38 vom 22. November 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_DGS.2019.38](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_DGS.2019.38)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT DGS.2019.38 du 22 novembre 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT DGS.2019.38 del 22 novembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Das Ausstandsbegehren richtet sich gegen die Vorsitzende des Berufungsgerichts im Verfahren (Verfahrensnr. S.\_\_\_\_). Die Ausstandsbegehren gegen zwei weitere Mitglieder des Spruchkörpers des Berufungsgerichts im genannten Verfahren wurden infolge freiwilligen Verzichts auf Mitwirkung durch die betreffende Gerichtspräsidentin resp. Rückzugs des Ausstandsbegehrens gegen den betroffenen Richter durch den Gesuchsteller gegenstandslos. Ausstandsgericht ist im vorliegenden Fall das Berufungsgericht (Art. 59 Abs. 1 lit. c der Schweizerischen Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0), welches die durch das Bundesgericht angeordnete Neubeurteilung der nachträglichen therapeutischen Massnahme des Gesuchstellers als Kammer zu beurteilen hat (§ 56 Abs. 3 und § 91 Abs. 1 Ziff. 2 des basel-städtischen Gerichtsorganisationsgesetzes, GOG, SG 154.100). Entsprechend entscheidet es auch über das streitige Ausstandsbegehren in Kammerbesetzung, wobei die abgelehnten Personen durch ihnen entsprechende Gerichtsmitglieder ersetzt werden (§ 56 Abs. 4 Ziff. 3 und Abs. 5 GOG). Das Berufungsgericht entscheidet ohne weiteres Beweisverfahren und endgültig (Art. 59 Abs. 1 StPO). Der Entscheid ergeht schriftlich und ist zu begründen (Art. 59 Abs. 2 StPO). Mit Verfügung vom 7. August 2019 wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Appellationsgericht den Entscheid im schriftlichen Verfahren in folgender Zusammensetzung fällen werde: B\_\_\_\_ (Vorsitz), C\_\_\_\_, D\_\_\_\_, Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller, Prof. Dr. Jonas Weber. Die vom Ausstandsbegehren betroffene B\_\_\_\_ wird für das Ausstandsverfahren durch den Appellationsgerichtspräsidenten lic. iur. Christian Hoenen ersetzt. C\_\_\_\_, die freiwillig auf eine Mitwirkung am Kammerentscheid im Verfahren (Verfahrensnr. S.\_\_\_\_) verzichtet hat, wird durch lic. iur. Lucienne Renaudersetzt. D\_\_\_\_ wird ersetzt durch Dr. Annatina Wirz. Das gegen ihn gerichtete Ausstandsbegehren wurde zwar infolge Rückzugs gegenstandslos, allerdings kann er nicht über die Gegenstandslosigkeit des Begehrens in eigener Sache entscheiden, weshalb er für das Ausstandsgericht zu ersetzen ist.

1.2 Die abgelehnte Vorsitzende des Berufungsgerichts hat ■ wie es Art. 58 Abs. 2 StPO vorsieht ■ am 16. August 2019 zum Ausstandsgesuch Stellung genommen. Gemäss Art. 59 Abs. 3 StPO übt sie bis zum Entscheid über den Ausstand ihr Amt weiterhin aus. Auch die beiden weiteren ursprünglich vom Gesuchsteller abgelehnten Mitglieder des Spruchkörpers haben mit Eingaben vom 23. August 2019 resp. 2. September 2019 Stellung genommen.

### **E. 2**

2.1 Nachfolgend ist einzig das Ausstandsbegehren betreffend die Vorsitzende des Berufungsgerichts B\_\_\_\_ zu prüfen. Das Ausstandsbegehren gegen C\_\_\_\_ wurde infolge freiwilligen Verzichts auf Mitwirkung am Entscheid und dasjenige gegen D\_\_\_\_ aufgrund

Rückzugs durch den Gesuchsteller demgegenüber gegenstandslos.

2.2 Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen, so hat sie der Verfahrensleitung ohne Verzug ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat (Art. 58 Abs. 1 StPO). Ein verspätetes Ausstandsgesuch führt zum Nichteintreten auf das Gesuch. Wird der Ausstandsgrund nicht in diesem Sinne unverzüglich vorgebracht, gilt der Anspruch auf spätere Anrufung als verwirkt, weil die fehlende Rechtzeitigkeit als Verzicht auf das Recht ausgelegt wird (BGE 124 I 121 E. 2 S. 123, 132 II 485 E. 4.3 S. 496 f., 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21; Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 58 N 4). Damit eine Partei überhaupt beurteilen kann, ob bei einem Mitglied der Strafbehörde ein Ausstandsgrund gegeben ist, muss sie Kenntnis von der Identität der in ihrem Verfahren in der Strafbehörde tätigen Person haben (vgl. zum Ganzen AGE DG.2018.47 vom 14. März 2019 E. 1.3, DG.2018.16 vom 23. März 2018 E. 2.4). Als rechtzeitig gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Ausstandsgesuch, das sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds eingereicht wird. Unzulässig ist hingegen jedenfalls ein Zuwarten während zwei Wochen (BGer 1B\_120/2019 vom 7. Juni 2019 E. 2.2, 1B\_76/2019 vom 2. Mai 2019 E. 2.2, 1B\_514/2017 vom 19. April 2018 E. 3.2) resp. während zwei oder drei Wochen (BGer 1B\_100/2015, 1B\_130/2015 vom 8. Juni 2015 E. 4.1, 1B\_274/2013 vom 19. November 2013 E. 4.1; vgl. AGE DG.2018.47 vom 14. März 2019 E. 1.3).

2.3 Die Vorsitzende des Berufungsgerichts B\_\_\_\_\_ bringt mit Blick auf den Zeitpunkt der Gesuchstellung in ihrer Stellungnahme vom 16. August 2019 vor, das Ausstandsbegehren sei bezüglich ihrer Person klar verspätet gestellt worden. Dem Gesuchsteller sei seit der Instruktionsverfügung vom 25. Juni 2018 und somit seit über einem Jahr bekannt, dass sie das Verfahren führe. Ausstandsbegehren müssten ohne Verzug gestellt werden.

Demgegenüber macht der Gesuchsteller in seiner Replik vom 25. September 2019 diesbezüglich geltend, das Ausstandsbegehren sei nicht verspätet erfolgt. Über die definitive Zusammensetzung des Gerichts sei er erst mit Verfügung vom 7. August 2019 informiert worden. Frühere Instruktionsverfügungen seien insofern noch nicht verbindlich. So würden Instruktionsverfügungen auch von später nicht den Vorsitz übernehmenden Gerichtspräsidien erlassen.

2.4 Im vorliegenden Fall stellt sich damit die Frage, ab welchem Zeitpunkt für den Gesuchsteller erkennbar war resp. erkennbar sein musste, dass B\_\_\_\_\_ Vorsitzende des Spruchkörpers des Berufungsgerichts resp. jedenfalls Mitglied dieses Spruchkörpers sein würde. Nach der mit Urteil vom [ ] (Verfahrensnr. Z.\_\_\_\_\_) erfolgten bundesgerichtlichen Rückweisung der Streitsache im Verfahren (Verfahrensnr. S.\_\_\_\_\_) ans Appellationsgericht hat B\_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 25. Juni 2018 dem Gesuchsteller Frist gesetzt, um seine Anträge gemäss den Erwägungen E. 2.2.5 und 2.3 des bundesgerichtlichen Urteils (Verfahrensnr. Z.\_\_\_\_\_) vom [ ] einzureichen. Bereits aus dieser verfahrensleitenden Verfügung musste der Gesuchsteller schliessen, dass B\_\_\_\_\_ nach der Rückweisung der Sache ans Appellationsgericht als Verfahrensleiterin im Verfahren (Verfahrensnr. S.\_\_\_\_\_) eingesetzt worden war und dementsprechend auch den Vorsitz des Spruchkörpers übernehmen oder jedenfalls Mitglied des Spruchkörpers sein würde. Zwar kommt es vor, dass eine verfahrensleitende Verfügung in einem Verfahren bei Abwesenheit der Verfahrensleiterin resp. des Verfahrensleiters im Sinne einer beförderlichen Behandlung des Verfahrens durch ein anderes Mitglied des Präsidiums in Vertretung erlassen wird

(i.d.R. gekennzeichnet durch ■i.V.■), wobei Vertretungen über einen längeren Zeitraum ■ abgesehen von ausserordentlichen, beispielsweise krankheitsbedingten längeren Abwesenheiten ■ unüblich sind. Im vorliegenden Fall handelte es sich bei der genannten Verfügung aber nicht etwa um eine verfahrensleitende Verfügung in einem ■laufenden■ Verfahren, sondern um die erste verfahrensleitende Verfügung nach Rückweisung der Streitsache ans Appellationsgericht, mit welcher das Verfahren (Verfahrensnr. S.\_\_\_\_) gewissermassen ■wiederaufgenommen■ wurde, indem der Gesuchsteller aufgefordert wurde, seine Anträge für die Neuurteilung der rückgewiesenen Streitsache einzureichen. Spätestens mit der nachfolgenden verfahrensleitenden Verfügung vom 31. Juli 2018, mit welcher Frau B\_\_\_\_ dem Gesuchsteller die gesetzte Frist peremptorisch erstreckt hat, hätten allfällig beim Gesuchsteller noch bestehende Zweifel darüber, ob Frau B\_\_\_\_ die Verfügung vom 25. Juni 2018 als Verfahrensleiterin oder etwa bloss in Vertretung des zuständigen Verfahrensleiters oder der zuständigen Verfahrensleiterin erlassen hatte, ausgeräumt sein müssen. Insofern war für den Gesuchsteller spätestens ab dem 31. Juli 2018 erkennbar, dass Frau B\_\_\_\_ nach der Rückweisung ans Appellationsgericht als Verfahrensleiterin des ■wiederaufgenommenen■ Verfahrens (Verfahrensnr. S.\_\_\_\_) eingesetzt worden war und dementsprechend auch den Vorsitz des über die rückgewiesene Streitsache entscheidenden Spruchkörpers übernehmen oder jedenfalls Mitglied dieses Spruchkörpers sein würde. Das Ausstandsbegehren vom 15. August 2019 erfolgte über ein Jahr später und somit offensichtlich verspätet, womit nicht darauf einzutreten ist.

### E. 3

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Ausstandsbegehren gegen B\_\_\_\_ auch materiell unbegründet ist und somit abzuweisen wäre. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr offen erscheinen lassen (BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 328 f.; 131 I 113 E. 3.4 f. S. 116 ff. je mit Hinweisen; BGer 6B\_1175/2016 und 6B\_1176/2016 vom 24. März 2017 E. 8.2). Grundsätzlich liegt keine unzulässige Mehrfachbefassung bei einer Gerichtsperson vor, die an dem durch die Rechtsmittelinstanz aufgehobenen Entscheid beteiligt war und nach Rückweisung der Sache an der Neuurteilung mitwirkt. Von der Gerichtsperson darf erwartet werden, dass sie die Streitsache auch nach Aufhebung des Entscheids objektiv und unparteiisch behandelt. Dementsprechend stehen die am Entscheid beteiligten Richter der unteren Instanz nicht von vorneherein unter dem Anschein der Befangenheit. Dafür bedarf es vielmehr besonderer Umstände, namentlich konkreter Anhaltspunkte dafür, dass die Vorbefassung mit einer bestimmten Angelegenheit bereits zu einer festen richterlichen Gewissheit über den Ausgang des Verfahrens geführt hat (BGer 8C\_709/2017 vom 27. April 2018 E. 2.1.1, 1B\_27/2016, 1B\_45/2016 vom 4. Juli 2016 E. 5.2.1, je mit Hinweisen). Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Vorbefassung eines Richters vorliegt, kann dabei nicht generell gesagt werden; es ist vielmehr in jedem Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände zu untersuchen, ob die konkret zu entscheidende Rechtsfrage trotz Vorbefassung als noch offen erscheint (BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 117, 126 I 68 E. 3c S. 73; BGer 2C\_912/2017 vom 18. Dezember

2017 E. 2.3). Gemäss den vom Bundesgericht entwickelten Kriterien zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Person im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, fällt etwa in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden Abschnitten stellenden Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat (BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329 mit Hinweisen; BGer 2C\_912/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 2.3).

Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht in seiner Entscheid vom [ ] festgestellt, die vom EGMR dem Gesuchsteller zugesprochene Entschädigung sei nicht geeignet, die Folgen der vom Gerichtshof festgestellten Verletzungen auszugleichen, weshalb die Sache an das Appellationsgericht zur Neuurteilung der Massnahme zurückgewiesen werden müsse (vgl. BGer, Verfahrensnr. Z.\_\_\_\_ vom [ ] E. 2.2.5). Entsprechend den vom Gesuchsteller mit Eingabe vom 14. August 2018 vor Appellationsgericht gestellten Anträgen im Verfahren (Verfahrensnr. S.\_\_\_\_) wird die Kammer, deren Vorsitz Frau B\_\_\_\_ innehat, somit in Berücksichtigung der Feststellungen im Urteil des EGMR vom 9. Januar 2018 insbesondere über die Rechtmässigkeit der nachträglichen Anordnung der stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 59 StGB im Jahre [ ] sowie die Entschädigung für rechtswidrigen Freiheitsentzug zu entscheiden haben. Da die Dauer der stationären therapeutischen Massnahme abgelaufen und der Verlängerungsantrag durch den Strafvollzug zurückgezogen worden ist, wird nicht über eine Verlängerung der Massnahme zu entscheiden sein. Insbesondere hinsichtlich der Frage der Rechtmässigkeit der nachträglichen Anordnung der stationären therapeutischen Massnahme im Jahre [ ] ist damit eine weitgehend identische Fragestellung zu prüfen wie im damaligen Urteil des Appellationsgerichts vom [ ] (Verfahrensnr. X.\_\_\_\_), bei dem B\_\_\_\_ im Spruchkörper mitgewirkt hat und mit welchem die stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 59 StGB angeordnet worden ist, wobei nun allerdings die Feststellungen des EGMR zu berücksichtigen sein werden. Insofern ist B\_\_\_\_ zwar vorbefasst, aber es ist nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht dargelegt, dass im Sinne der wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung besondere Umstände resp. konkrete Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass sich B\_\_\_\_ hinsichtlich der Rechtmässigkeit der im Jahre [ ] angeordneten Massnahme (nun in Berücksichtigung der Feststellungen des EGMR) bereits in einem Mass festgelegt hätte, dass sie nicht mehr unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr offen erschiene. Gleiches gilt in Bezug auf die im anstehenden Kammerentscheid neu zu prüfende Frage der Entschädigung für rechtswidrigen Freiheitsentzug, welche zumindest in einem engen Zusammenhang mit der im Urteil vom [ ] (Verfahrensnr. X.\_\_\_\_) geprüften Rechtmässigkeit der Anordnung der stationären therapeutischen Massnahme steht. Dementsprechend ist eine unzulässige Vorbefassung von Frau B\_\_\_\_ des Weiteren auch nicht entstanden durch ihre Mitwirkung an den vom Gesuchsteller ebenfalls angeführten Urteilen des Appellationsgerichts vom [ ] (Verfahrensnr. T.\_\_\_\_), mit dem die strafgerichtliche Verurteilung des Gesuchstellers zur initialen Freiheitsstrafe bestätigt wurde, und demjenigen vom [ ] (Verfahrensnr. V.\_\_\_\_), mit welchem über den Gesuchsteller nachträglich die Verwahrung angeordnet wurde, wo Fragestellungen zu entscheiden waren, die in einem weiter entfernten Zusammenhang mit der nun durch die Kammer zu entscheidenden Fragestellung standen. Damit darf von B\_\_\_\_ mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwartet werden, dass sie die Streitsache auch

nach Aufhebung des Urteils vom [ ] (Verfahrensnr. X.\_\_\_\_) objektiv und unparteiisch behandelt.

**E. 4**

Bei diesem Ausgang des Ausstandsverfahrens trägt der Gesuchsteller dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 500.■ (Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StPO in Verbindung mit § 33 des Gerichtsgebührenreglements [SG 154.810]).

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