

BS_APPELLATIONSGERICHT DGS.2021.25 vom 9. Juni 2022

BS Appellationsgericht, 2022-06-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_DGS.2021.25

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT DGS.2021.25 du 9 juin 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT DGS.2021.25 del 9 giugno 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss Art. 58 Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) hat eine Partei, welche den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen will, der Verfahrensleitung ein entsprechendes Gesuch zu stellen. Die betroffene Person nimmt dazu Stellung. Über Ablehnungsgesuche gegen Mitglieder des erstinstanzlichen Spruchkörpers entscheidet gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. b StPO ohne weiteres Beweisverfahren und endgültig die Beschwerdeinstanz. Im Kanton Basel-Stadt übt das Appellationsgericht als Einzelgericht die Funktion des Beschwerdegerichts aus (§ 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]) und ist damit zuständig zur Beurteilung von Ausstandsgesuchen.

1.2 Ein Ausstandsgesuch muss der Verfahrensleitung «ohne Verzug» gestellt werden, sobald die gesuchstellende Partei vom Ausstandsgrund Kenntnis erhält (Art. 58 Abs. 1 StPO). Wer einen Ablehnungsgrund nicht unverzüglich nach dessen Kenntnisnahme geltend macht, verwirkt den Anspruch auf eine spätere Anrufung. Ein verspätetes Ausstandsgesuch führt zum Nichteintreten auf das Gesuch (BGE 140 I 240 S. 2.4 S. 244, 136 I 207 E. 3.4 S. 211, 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21 f., 132 II 485 E. 4.3 S. 496 f.; Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar StPO, 3. Auflage 2020, Art. 58 N 4). Der Gesuchsteller hat das Ausstandsgesuch innerhalb von drei Tagen ab Zustellung der Sitzungsanzeige, welcher er die Zusammensetzung des Spruchkörpers entnehmen konnte, und damit rechtzeitig gestellt. Auf das Ausstandsgesuch ist einzutreten.

E. 2

2.1 Nach Art. 30 Abs. 1 Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und unparteiischen Gericht beurteilt wird. Damit soll garantiert werden, dass keine Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zu Gunsten oder zu Lasten einer Partei auf das Urteil einwirken. Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlicher und verfahrensrechtlicher Umstände Gegebenheiten vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts zu erwecken. Diese können namentlich in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Gerichts oder in einer Vorbefassung desselben mit der in Frage stehenden Streitsache begründet sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Pflicht zum Ausstand in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf das gesetzliche Gericht steht und deshalb nicht leichthin zu bejahen ist, damit die regelhafte Zuständigkeitsordnung für die Gerichte nicht illusorisch und die Garantie des verfassungsmässigen Gerichts nicht ausgehöhlt wird (BGE 112 Ia 290 E. 3a S. 293 und E. 5e S. 303 f.; BGer 1C_205/2009 vom 2. Juli 2009 E. 2.2, 1B_60/2007 vom

21. September 2007 E. 3.1; je mit Hinweisen). Bei der Beurteilung eines Ablehnungsbegehrens ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (BGE 134 I 238 E. 2.1 S. 240, 128 V 82 E. 2a S. 84; AGE DG.2016.2 vom 18. Februar 2016, BES.2014.28 vom 9. Dezember 2014). Allerdings genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung ist nicht erforderlich, dass die Richterin oder der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 144 I 234 E. 5.2, 143 IV 69E. 3.2, 141 IV 178 E. 3.2.1).

Konkretisiert wird der Anspruch auf ein unbefangenes, unvoreingenommenes und unparteiisches Gericht im Strafverfahren in Art. 56 StPO. Demgemäss hat eine in einer Strafbehörde tätige Person in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse hat (lit. a), in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeistand einer Partei, als Sachverständige oder als Zeugin, in der gleichen Sache tätig war (lit. b), mit einer verfahrensbeteiligten Person oder ihrem Rechtsbeistand verwandt bzw. eng verbunden ist (lit. c-e) oder aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte (lit. f). Unter Art. 56 lit f StPO sind auch Verfahrensfehler zu subsumieren. Allerdings sind solche grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren zu rügen. Dies gilt solange prozessuale Rechtsfehler nicht besonders krass sind und wiederholt auftreten. Kommen sie aber einer schweren Amtspflichtverletzung gleich, können sie den Anschein der Befangenheit begründen (Boog, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 56 N 59).

2.2 Vorliegend erschien der Gesuchsteller nicht zur ordentlich vorgeladenen Hauptverhandlung am 26. Oktober 2021, sondern liess durch seinen Verteidiger ein Arzzeugnis einreichen. Dieses wurde von Dr. med. [...] des Ambulatoriums «[...]» in Genf am 25. Oktober 2021 ausgestellt. Es attestiert eine 100% Arbeitsunfähigkeit für

E. 2.4

2.4.1 Das Gericht setzt eine neue Verhandlung an und lädt die beschuldigte Person neu vor, wenn diese trotz erfolgter ordnungsgemässer Vorladung der ersten erstinstanzlichen Hauptverhandlung fernbleibt. In diesem Fall sind einzig diejenigen Beweise an der ersten Hauptverhandlung zu erheben, die keinen Aufschub ertragen (Art. 366 Abs. 1 StPO). Das erstinstanzliche Gericht darf aufgrund dieser Bestimmung bei der erstmaligen Säumnis der beschuldigten Person nicht sofort verhandeln, sondern muss eine neue Verhandlung ansetzen. Erlaubt ist dem erstinstanzlichen Gericht einzig der Versuch, die säumige beschuldigte Person mittels polizeilicher Vorführung doch noch zur Anwesenheit an der Hauptverhandlung zu bringen, soweit dies innert nützlicher Frist möglich erscheint (vgl. zum Ganzen: Maurer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 366 N 1 ff.).

Verhandlungsfähig ist eine beschuldigte Person, wenn sie körperlich und geistig in der Lage ist, der Verhandlung zu folgen (Art. 114 Abs. 1 StPO). Bei vorübergehender Verhandlungsunfähigkeit werden die unaufschiebbaren Verfahrenshandlungen in Anwesenheit der Verteidigung durchgeführt (Abs. 2). Vorübergehende Verhandlungsfähigkeit tritt insbesondere durch Krankheit oder Unfall ein. Die Unaufschiebbarkeit von Verfahrenshandlungen ist wegen der Anwesenheits- und

Teilnahmerechte der beschuldigten Person und wegen der vorübergehenden Natur des Zustands nicht leichthin anzunehmen (Engler, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 114 N 10 f.).

2.4.2 Allein gestützt auf Art. 366 Abs. 1 StPO war die Hauptverhandlung dem Gesagten nach ■ unabhängig vom Grund des Nichterscheinens des Gesuchstellers ■ grundsätzlich nicht abzuhalten, und waren die Zeugeneinvernahmen nur durchzuführen, soweit sie unaufschiebbar waren. Dasselbe gebietet die vorübergehende Verhandlungsunfähigkeit, welche vorliegend geltend gemacht wurde. Der Gesuchsteller blieb schliesslich nicht ohne Grund und nicht ohne dies vorgängig anzukündigen der Hauptverhandlung fern, sondern teilte dies offenbar durch seinen Verteidiger bereits am Vortag dem vorsitzenden Präsidenten mit und belegte seine Krankheit mit einem Arztzeugnis. Zu diesem ist zwar festzustellen, dass der darin genannte Grund für die Arbeitsunfähigkeit des Gesuchstellers («Gastro») ungeeignet ist, dem Gericht zur Kenntnis zu bringen, woran der Gesuchsteller leidet. Damit eignet es sich auch nicht zur Beurteilung einer allenfalls trotz Arbeitsunfähigkeit bestehenden Verhandlungsfähigkeit, da «Gastro» nicht mehr preisgibt, als dass die Erkrankung offenbar in irgendeiner Form den Magen betrifft. Gemäss Verhandlungsprotokoll wusste der Verteidiger allerdings mehr über die Erkrankung des Gesuchstellers, da er ausführte, dieser leide an «einer Magendarmgrippe und sei entweder im Bett oder auf der Toilette» (s. oben E. 2.2). Dass das Gerichtsgremium trotz dieser Aussage gestützt auf die Ausführungen des Kantonsarztes, eine solche führe selten zu einer Hospitalisation, weshalb Verhandlungsfähigkeit bestehe, auf eine Verhandlungsfähigkeit schloss und entschied, der Gesuchsteller sei polizeilich vorzuführen, ist schwer nachvollziehbar. Unabhängig von den inhaltlichen Unterschieden zwischen Arbeits- und Verhandlungsfähigkeit kann gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung geradezu als gerichtsnotorisch gelten, dass eine schwere Magendarmgrippe in aller Regel zwar zu Hause auskuriert werden kann (zumindest solange keine Dehydratation droht), aber in aller Regel in der akuten Phase mit grossen physischen Einschränkungen einhergeht. So sind Betroffene meist darauf angewiesen, den Inhalt ihres Magendarmtrakts umgehend ■ sei als Durchfall oder Erbrechen ■ entleeren zu können. Solchen Bedürfnissen kann bei der Teilnahme an einer Gerichtsverhandlung nicht genügend nachgekommen werden. Zudem mindert diese physische Schwäche erfahrungsgemäss auch die Konzentrationsfähigkeit, auch wenn die Betroffenen grundsätzlich noch adäquat denken können. Ausgeschlossen werden kann allerdings auch ein mit der Magendarmgrippe einhergehendes Fieber nicht, ein Zustand der die geistigen Fähigkeiten und die Wahrnehmung grundsätzlich einschränken kann. Das Gericht hätte mit anderen Worten, unabhängig von den Aussagen des Kantonsarztes, eine Verhandlungsunfähigkeit annehmen müssen. Dem Verteidiger ist vor diesem Hintergrund auch Recht zu geben, wenn das Verhalten des Gerichts deswegen die Vermutung nahelegt, dieses habe dem Gesuchsteller nicht geglaubt und sei davon ausgegangen, er sei in Tat und Wahrheit gesund oder zumindest nicht in einer akuten Erkrankungsphase.

2.4.3 Zu dem nur schwer erklärlichen Entscheid, den Gesuchsteller zur Verhandlung polizeilich vorzuführen zu lassen, trotz geltend gemachter vorübergehender Verhandlungsunfähigkeit und mit einem immerhin die Arbeitsunfähigkeit über den Verhandlungstag hinaus attestierendem Arztzeugnis, kommt hinzu, dass dieser Entscheid vom Gesamtgremium gefällt wurde, ohne dass der Verteidiger seinen Antrag auf Verhandlungsverschiebung dem Gesamtgericht formal stellen und diesen begründen konnte und hernach ein Entscheid in Kenntnis der Vorbringen der Verteidigung gefallen wäre.

Dadurch wurde prozessual nicht korrekt vorgegangen sowie das rechtliche Gehör des Gesuchstellers verletzt. (Vest/Homer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 107 N 28 und 32). Dasselbe gilt auch für die Entscheidung, die Zeugen in Abwesenheit des Gesuchstellers einzuvernehmen: dem Verteidiger wurde offenbar nicht die Möglichkeit eingeräumt, Ausführungen zu der seitens Gericht implizit behaupteten Unaufschiebbarkeit der Zeugeneinvernahmen zu machen und das Gericht selbst legte nicht dar, weshalb es auf Unaufschiebbarkeit schloss. Prozessrechtlich inkorrekt ist auch, dass offenbar allein der vorsitzende Präsident entschied, die Zeugen gleichwohl zu befragen und anzuhören und dass dieser Entscheid nicht vom Gesamtgericht getroffen wurde. Jedenfalls ist aus dem Verhandlungsprotokoll nicht ersichtlich, dass das Gesamtgericht darüber beraten hätte.

2.4.4 Zusammenfassend muss festgestellt werden, dass der Entscheid zur polizeiliche Vorführung des Gesuchstellers wenig nachvollziehbar erscheint. Diese Entscheidung ist sodann geeignet, den Anschein einer Voreingenommenheit gegenüber der Person des Gesuchstellers zu erwecken. Ausserdem wurde mehrmals gegen prozessuale Vorschriften verstossen, teilweise unter Verletzung des rechtlichen Gehörs des Gesuchstellers, was in der Gesamtheit als schwere Verletzung des formalen Rechts zu werten und damit geeignet ist, einen Ausstandsgrund darzustellen. Die beiden Richterinnen und der Richter haben deshalb im dem Ausstandsbesuch zugrundeliegenden Strafverfahren gegen den Gesuchsteller in den Ausstand zu treten.

3.

Damit obsiegt der Gesuchsteller mit seinem Antrag auf Ausstand der drei Gerichtspersonen in seinem Strafverfahren. Er sind ihm für das Ausstandsverfahren deshalb keine Gerichtskosten aufzuerlegen und es ist ihm eine Parteientschädigung für seine anwaltliche Vertretung (Privatverteidigung) aus der Gerichtskasse zu entrichten. Die Verteidigung hat keine Honorarnote eingereicht. Ihr angemessener Aufwand ist deshalb zu schätzen. Entschädigt wird ein Aufwand von 6 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 250.■ (s. dazu AGE SB.2018.14 vom 27. Oktober 2020 E. 8), inklusive Auslagen und zusätzlich MWST. Für die Einzelheiten wird auf das Dispositiv verwiesen.

E. 4

Tage vom 25. bis 29. Oktober 2021 mit der Information «Gastro». Gemäss dem Verhandlungsprotokoll vom 26. Oktober 2021 wurde dem Gericht nach Eröffnung der Verhandlung durch den Gerichtsweibel mitgeteilt, dass der Gesuchsteller nicht erschienen sei und sein Verteidiger eine Dispensation des Gesuchstellers von der Hauptverhandlung ablehne. Der Gerichtspräsident ordnete daraufhin an, den Gesuchsteller polizeilich vorführen zu lassen und teilte dies dem Verteidiger mit. Der Verteidiger führte darauf hin aus, dass er seit dem Vortag keinen Kontakt mehr mit dem Gesuchsteller gehabt habe, dieser sei krank. Er habe dem Gesuchsteller mitgeteilt, dass er ein Verschiebungsgesuch gestellt habe. Er habe den Gesuchsteller auch um ein «besseres Arztzeugnis» gebeten, nachdem der Präsident mitgeteilt habe, «es sei nicht ausgewiesen». Danach habe er nichts mehr von Gesuchsteller gehört. Der Verteidiger fragte sodann, weshalb eine kranke Person «zwangsvorgeführt» werden solle. Der Präsident erklärte, dass das eingereichte Arztzeugnis keine Verhandlungsunfähigkeit belege, woraufhin der Verteidiger erklärte, sein (Verschiebungsgesuch dem Gesamtgericht unterbreiten zu wollen. Es sei sein Recht, diesen Antrag zu stellen und kurz zu begründen. Der Präsident erläuterte daraufhin, das

(Gesamt)gericht habe die «Verschiebungsproblematik» bereits besprochen, die Verhandlung werde nicht verschoben. Der Verteidiger erwiderte daraufhin, er werde die Verhandlung verlassen, diese könne ohne den Gesuchsteller nicht durchgeführt werden. Er habe das Gericht am Vortag schnellstmöglich über die Erkrankung informiert und ein Arztzeugnis organisiert. Der Gesuchsteller leide an einer «schweren Magendarmgrippe», liege im Bett oder sei auf der Toilette. Der Präsident entgegnete, er habe Rücksprache mit dem Kantonsarzt genommen, einem Magen-Darm-Spezialisten, welcher ihm erklärt habe, dass Magen-Darm-Erkrankungen nur in seltenen Fällen zur Hospitalisation führen würden, wobei andernfalls Verhandlungsfähigkeit bestehe. Der Verteidiger monierte, ein Kontumazieren sei bei erstmaligem Nichterscheinen zur Hauptverhandlung unzulässig (Prot. HV S. 2 f.). Zudem führte er später (nachdem er die Verhandlung offenbar doch nicht umgehend verliess) aus, die anberaumten Zeugeneinvernahmen seien nicht unaufschiebbar im Sinne der StPO. Der Gesuchsteller wolle seine Teilnahmerechte und sein Konfrontationsrecht wahrnehmen. Im weiteren Verlauf der Verhandlung erschienen zwei der drei geladenen Zeugen nicht und die polizeiliche Vorführung des Gesuchstellers misslang, da dieser an seiner Wohnadresse nicht anzutreffen war und sich gemäss Auskunft der Ehefrau krank in Genf aufhielt. Durchgeführt wurde letztlich einzig die Befragung zur Person des mitangeklagten zweiten Beschuldigten. Die Verhandlung wurde schliesslich doch noch verschoben (Prot. HV S. 5).

2.3 Der Gesuchsteller lässt nun zusammengefasst ausführen, gemäss der zweiten Sitzungsanzeige seien zwei Richterinnen und ein Richter, welche bereits am 26. Oktober 2021 Teil der Spruchkörperbesetzung gewesen seien, wiederum Teil des Spruchkörpers. Dies gehe nicht an. Das Gesamtgericht habe am 26. Oktober 2021 ohne korrekte Anhörung der Verteidigung beschlossen, den kranken Gesuchsteller trotz eingereichtem Arztzeugnis polizeilich vorführen zu lassen. Die Mehrheit des Spruchkörpers sei damit offenbar der Ansicht gewesen, der Gesuchsteller habe der Vorladung zur Hauptverhandlung unentschuldig keine Folge geleistet. Demnach habe mindestens die Mehrheit des Spruchkörpers vom 26. Oktober 2021 dem Gesuchsteller unredliches, hinterhältiges Verhalten unterstellt und das eingereichte Arztzeugnis indirekt als Urkundenfälschung qualifiziert. Dieses «vorschnelle, tendenziöse Verhalten» dokumentiere gravierend die Voreingenommenheit der betreffenden Richterinnen und des Richters sowie deren Vorurteile gegenüber dem Gesuchsteller. Aus Sicht des Gesuchstellers, aber auch aus der Optik einer objektiven, neutralen Drittperson, bestehe aufgrund dieses vorurteilsbelasteten Verhaltens der betreffenden Gerichtspersonen mindestens der Anschein der Befangenheit derselben. Da der Gesuchsteller die Voten der einzelnen Richterinnen und Richter betreffend seine polizeiliche Vorführung am 26. Oktober 2021 nicht kenne, richte sich der Ausstand gegen alle drei damals Teil des Spruchkörpers bildenden Richterinnen und Richter.

Die betroffenen beiden Richterinnen und der betroffene Richter lehnen alle den Ausstand ab. Sie geben zusammengefasst an, sie hätten den Entscheid, den Gesuchsteller polizeilich vorführen zu lassen, nicht aufgrund der Annahme getroffen, dieser habe sich in irgendeiner Weise unredlich verhalten, sondern weil sie gestützt auf die kantonsärztlichen Informationen davon ausgegangen seien, dass dieser zwar erkrankt, durchaus aber verhandlungsfähig sei. Eine Voreingenommenheit sowie ein Anschein von Befangenheit ihrerseits bestehe deshalb nicht.

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