

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.92 vom 18. Februar 2019

BS Appellationsgericht, 2019-02-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2018.92

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.92 du 18 février 2019

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2018.92 del 18 febbraio 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 Nach Art. 409 Abs. 1 StPO hebt das Berufungsgericht das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und zur Fällung eines neuen Urteils an das erstinstanzliche Gericht zurück, wenn das erstinstanzliche Verfahren wesentliche Mängel aufweist, die im Berufungsverfahren nicht geheilt werden können. Art. 409 Abs. 2 StPO hält dazu fest, dass das Berufungsgericht bestimme, welche Verfahrenshandlungen im Falle einer Rückweisung zu wiederholen oder nachzuholen seien. Der Berufungskläger, der eine Rückweisung beantragt, hat dennoch eine vollständige Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO einzureichen (Eugster, in Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 409 N 2). Der Berufungskläger ist somit korrekt vorgegangen.

1.2 Rückweisungen nach Art. 409 StPO ergehen in Form eines Beschlusses des Berufungsgerichts nach Art. 80 Abs. 1 StPO; ein Sachurteil wird nicht gesprochen (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, Art. 409 N 4; Eugster, a.a.O., Art. 409 N 2). Je nach den konkreten Umständen lässt sich über die Rückweisung bereits aufgrund der Berufungserklärung entscheiden, so dass die Durchführung einer Berufungsverhandlung nicht notwendig ist (Eugster, a.a.O.). Vorliegend ist eine solche Konstellation gegeben, lässt sich doch die Frage der Rückweisung wegen der mit der Berufungserklärung geltend gemachten Mängel ohne weiteres aufgrund der Akten beurteilen. Es rechtfertigt sich daher, über den Rückweisungsantrag ohne Durchführung einer Berufungsverhandlung und auf dem Zirkularweg zu entscheiden (vgl. Art. 406 Abs. 1 lit. a StPO). In jedem Fall ist aber den betroffenen Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren, was vorliegend durch die Ansetzung eines Schriftenwechsels geschehen ist.

1.3 Die Berufung ist grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel, das zu einem neuen Urteil führt, welches das erstinstanzliche Urteil ersetzt (Art. 408 StPO). In den von Art. 409 StPO geregelten Ausnahmefällen kommt der Berufung aber kassatorische Wirkung zu. Dies rechtfertigt sich nur bei wesentlichen Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens, durch welche in schwerwiegender Weise in die Rechte des Beschuldigten oder anderer Parteien eingegriffen wird und die im Berufungsverfahren ohne den Verlust einer Instanz nicht mehr behoben werden können. Zu denken ist etwa an die nicht richtige Besetzung des Gerichts, fehlende Zuständigkeit, unterbliebene korrekte Vorladung, Verweigerung von Teilnahmerechten, nicht gehörige Verteidigung oder die unterbliebene Behandlung bzw. Beurteilung aller Anklagepunkte. In solchen Fällen hätte das blosses Nachholen der erstinstanzlich unterbliebenen Vorkehren den Verlust einer Instanz zur Folge, was dem Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art.

E. 6

EMRK widersprechen würde (zum Ganzen: Eugster, a.a.O., Art. 409 StPO N 1; Schmid, a.a.O., Art. 409 StPO N 2).

2.

2.1 In casu moniert der Berufungskläger die verfassungswidrige Zusammensetzung des erstinstanzlichen Spruchkörpers und stützt darauf seinen Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des vorinstanzlichen Urteils bzw. Rückweisung des Verfahrens an die erste Instanz. Seine Rüge ist grundsätzlich geeignet, einen kassatorischen Entscheid des Berufungsgerichts und die Rückweisung an das Strafgericht zu begründen, macht er doch einen Mangel bei der erstinstanzlichen Gerichtsbesetzung geltend, welcher im Berufungsverfahren nicht ohne Verlust einer Instanz geheilt werden könnte.

2.2 Das Bundesgericht hat mit Entscheid 1C_327/2017 vom 20. März 2018 im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle das damals geltende Organisationsreglement des Strafgerichts beurteilt, welches am 16. Dezember 2016 vom Gesamtgericht verabschiedet wurde und am 5. Juni 2017 in Kraft getreten ist. In seinem Urteil vom 20. März 2018 erwägt das Bundesgericht, dass ein gewisses Ermessen bei der Spruchkörperbildung statthaft sei, dass dieses aber pflichtgemäss, mithin nach sachlichen Kriterien gehandhabt werden müsse. Diese Kriterien müssten nicht gesetzlich festgelegt sein, sondern es genüge, wenn ■ abstrakte Kriterien in transparenter Weise im Voraus definiert werden, was auch in Form einer gefestigten Praxis erfolgen kann ■ (E. 6.6). Als problematisch erachtete das Bundesgericht indessen, dass § 12 des Organisationsreglements des Strafgerichts die Zusammensetzung der Richterbank weitgehend an die Kanzlei A delegiere und als Kriterium lediglich die Verfügbarkeit der Richter vorgebe (E. 7.1). Es kam zum Schluss, dass dies nicht zulässig sei. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Besetzung der Richterbank delegiert werden könne, sei zum einen zu berücksichtigen, dass es sich dabei um einen wesentlichen Akt der Selbstverwaltung der Justiz handle, der für das Vertrauen der Rechtssuchenden und der Öffentlichkeit in die Rechtsprechung zentral sei. Zum andern müsse die Zuständigkeitsordnung Garantie dafür bieten, dass ein vom Gesetz eingeräumtes Ermessen bei der Erfüllung dieser Aufgabe nach sachlichen Kriterien gehandhabt werde. Für die Delegation der Spruchkörperbildung an die Kanzlei ergebe sich daraus, dass dies insoweit unbedenklich sei, als bei der Zuteilung überhaupt kein Spielraum bestehe, weil sie nach starren Kriterien erfolge. In solchem Falle geschehe die Spruchkörperbildung ■ in transparenter und nachprüfbarer Weise gleich wie beim Einsatz eines Computers ■. Sobald dagegen die gesetzliche Normierung ein Ermessen einräume, erscheine es unabdingbar, dessen Ausübung einem Richter als unabhängigem, nicht weisungsgebundenem Organ vorzubehalten. Sowohl einer Gerichtskanzlei als etwa auch einem Gerichtsschreiber fehle diese Unabhängigkeit. Darüber hinaus verfügten sie auch nicht über demokratische Legitimation. In diesem Fall biete eine Gerichtskanzlei somit nicht hinreichend Gewähr für eine sachliche Handhabung des eingeräumten Ermessens (E. 7.2.). Indem das Organisationsreglement des Strafgerichts lediglich teilweise inhaltliche Vorgaben mache und die Besetzung des Spruchkörpers ansonsten vorbehaltlos an eine Gerichtskanzlei delegiere, räume es dieser ein erhebliches Ermessen ein. Das Organisationsreglement erfülle somit die verfassungsrechtlichen Anforderungen an ein Gericht nicht vollständig und dessen § 12 sei aufzuheben. Es sei Aufgabe des Strafgerichts, unverzüglich eine Übergangslösung zu finden, die beispielsweise darin liegen könne, den Präsidenten der Abteilung A mit der Spruchkörperbildung zu betrauen (E. 8).

Inzwischen hat das Bundesgericht mit Urteil 6B_383/2018 vom 15. November 2018 diese Rechtsprechung bestätigt und betont, das Bundesgericht betrachte den Anspruch auf ein verfassungsmässiges Gericht nicht nur dann als verletzt, wenn die Gerichtskörperbesetzung tatsächlich nach unsachgemässen Kriterien erfolge, sondern es beanstande vielmehr das Besetzen des Spruchkörpers durch die Kanzlei als solches, soweit dieser ein Ermessen zukomme (E. 1.2.1.-1.2.3). Im Nachgang zum Urteil vom 20. März 2018 hat die Präsidienkonferenz des Strafgerichts am 24. April 2018 eine Übergangsregelung getroffen, gemäss welcher neu das Präsidium der Abteilung A die Zusammenstellung der Spruchkörper verfügte.

2.3 Die Spruchkörperbesetzung im vorliegenden Fall ■ Strafurteil vom 19. April 2018, Hauptverhandlung vom 18.-19. April 2018 ■ erfolgte nach dem Gesagten noch gemäss der vom Bundesgericht beanstandeten Reglementsbestimmung. Damit ist gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGer 1C_327/2017 vom 20. März 2018 sowie 6B_383/2018 vom 15. November 2018 davon auszugehen, dass das Strafgericht bei der Besetzung des Spruchkörpers in casu nicht in verfassungskonformer Weise vorgegangen ist. Ausser Frage steht indessen, dass dies nicht die Nichtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides zur Folge hat. Das geht nicht zuletzt aus dem einschlägigen BGer 1B_429/2018 vom 29. November 2018 hervor, welcher das Geltendmachen einer Verfassungs- und Konventionswidrigkeit bei der Spruchkörperbesetzung an enge zeitliche Vorgaben knüpft (s. nachfolgend) und das Nichteintreten des Appellationsgerichts wegen Verspätung geschützt hat.

Fraglich ist denn auch im vorliegenden Fall, ob der Berufungskläger seine Rüge rechtzeitig erhoben hat. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt gestützt auf den auch für Private geltenden Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV, SR 101]; BGE 137 V 394 E. 7.1), dass verfahrensrechtliche Einwendungen so früh wie möglich, das heisst nach Kenntnisnahme eines Mangels bei erster Gelegenheit, vorzubringen sind. Es verstösst gegen Treu und Glauben, Mängel dieser Art erst in einem späteren Verfahrensstadium geltend zu machen, wenn der Einwand schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer sich auf das Verfahren einlässt, ohne einen Verfahrensmangel bei erster Gelegenheit vorzubringen, verwirkt in der Regel den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Verfahrensvorschrift (BGE 143 V 66 E. 4.3, 135 III 334 E. 2.2, 134 I 20 E. 4.3.1, 132 II 485 E. 4.3, 130 III 66 E. 4.3; BGer 1C_630/2014 vom 18. September 2015 E. 3.1; 1B_513/2017 vom 5. März 2018 E. 3). Massgebend für den Beginn der Rügefrist ist die Möglichkeit der Feststellung des Mangels, d.h. die Kenntnis um die hierfür relevanten Tatsachen. Nicht ankommen kann es angesichts der kurzen Rügefristen auf den Zeitpunkt, ab welchem sich eine Rechtsauffassung durchsetzt, namentlich weil ein bestimmter Rechtsmangel in einem anderen Verfahren justiziell beurteilt worden ist (vgl. BGE 136 I 207 E. 3.4, s. dazu auch nachfolgend). Mit Blick auf die Rüge von Ausstandsgründen hält das Bundesgericht in steter Rechtsprechung beispielhaft fest, der entsprechende Anspruch sei in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme der relevanten Tatsachen geltend zu machen, andernfalls er verwirke. Ein Ausstandsgesuch, das sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds eingereicht wird, gilt als rechtzeitig. Unzulässig ist hingegen ein Zuwarten während zwei oder drei Wochen (BGE 140 I 271 E. 8.4.5; BGer 1B_514/2017 vom 19. April 2018 E. 3.2, 1B_100/2015 vom 8. Juni 2015 E. 4.1, 1B_274/2013 vom 19. November 2013 E. 4.1).

Diese Auffassung hat das Bundesgericht in den Entscheiden 1B_119/2018 vom 29. Mai 2018 und 1B_429/2018 vom 29. November 2018 auch in Bezug auf die Rüge der fehlerhaften Spruchkörperbesetzung unter Hinweis auf die vorstehend zitierte Rechtsprechung explizit bestätigt. Es hält dort fest, dass Ausstandsgründe und Organmängel anderer Art gestützt auf den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben ■so früh wie möglich, d.h. nach deren Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend zu machen■ sind. Das gelte auch, soweit eine Verletzung von Art. 6 EMRK gerügt werde. Wenn eine Partei ■nach Bekanntgabe der Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verfahren vor dem Strafgericht nicht sogleich reagierte■, sondern die Verfassungs- und Konventionswidrigkeit erst später (in casu: im Verfahren vor dem Appellationsgericht Basel-Stadt) geltend mache, handle sie entgegen Treu und Glauben und erweise sich ihr Vorbringen als verspätet (1B_429/2018 vom 29. November 2018 E. 4.2). Gleiches ergibt sich bereits aus dem erwähnten BGE 136 I 207, wo es ebenfalls um die Rüge einer verfassungs- bzw. konventionswidrigen Zusammensetzung des Spruchkörpers ging. Das Bundesgericht hat in jenem Fall erwogen, dass es gegen Treu und Glauben verstosse, wenn die verfassungswidrige Zusammensetzung (in casu: des Handelsgerichts Zürich) erst lange nach Anhängigmachen der Klage gerügt werde, ■ohne dass sich in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bezüglich der () angerufenen Umstände etwas geändert hätte■. Es hat dabei in aller Deutlichkeit festgehalten, dass die blosser Kenntnisnahme aktueller Rechtsauffassungen zu einer Frage nicht massgeblich sei für den Zeitpunkt, in dem die Frage aufgeworfen werden müsste. So hat es im genannten Fall erwogen, es möge zwar zutreffen, dass die Beschwerdeführerin sich erst durch einen Aufsatz in einer Fachzeitschrift ■der Verfassungswidrigkeit (...) bewusst geworden■ sei, wie sie geltend mache, denn die gerügte verfassungswidrige Zusammensetzung aufgrund eines unkorrekten Wahlprozederes werde in der genannten Schrift insbesondere thematisiert. Doch sei dies unbehelflich, denn: ■Die () beanstandeten, die Gerichtsorganisation betreffenden Gesetzesnormen bestanden hingegen schon bei Klageeinreichung (). Die Beschwerdeführerin hätte demnach die gerügte institutionelle Verfassungswidrigkeit seit Beginn des Verfahrens unverzüglich geltend machen können und müssen.■ Daran vermöge selbst ein früherer kantonaler Gerichtsentscheid nichts zu ändern, in welchem das Kassationsgericht Zürich die Auffassung vertreten hatte, das Handelsgericht sei konventions- und verfassungsrechtlich zulässig. Wenn die Beschwerdeführerin an der Richtigkeit dieses Entscheides gezweifelt hätte, so hätte sie ihre abweichende Auffassung sofort einbringen müssen. Indem sie bei Verfahrensbeginn nicht unverzüglich handelte, sondern erst nach längerem Zuwarten eine institutionelle Verfassungs- und Konventionswidrigkeit des Handelsgerichts beanstandete, habe sie die entsprechenden Rügen verwirkt und sei damit nicht mehr zu hören (BGE 136 I 207 E. 3.4).

Das in casu für die Spruchkörperbildung noch angewendete Organisationsreglement des Strafgerichts wurde am 16. Dezember 2016 vom Gesamtgericht verabschiedet und nach der Genehmigung durch das Appellationsgericht am 31. Mai 2017 im Kantonsblatt (Nr. 41) publiziert. Am 5. Juni 2017 trat es in Kraft. Der Berufungskläger hatte also bereits zu Beginn des Verfahrens, spätestens nach der Überweisung an das Strafgericht am 22. November 2017 Kenntnis darüber, wie die Spruchkörperbesetzung am Strafgericht vonstattengeht. Hätte er Zweifel an der verfassungs- und konventionsrechtlichen Zulässigkeit dieses Vorgehens gehabt, so hätte er diese bereits zu diesem frühen Zeitpunkt vorbringen können und müssen. Der aktuelle Verteidiger, [], übernahm die Vertretung des Berufungsklägers mit Vollmacht vom 19. Dezember 2017 und liess sich mit Schreiben vom

20. Dezember 2017 die Verfahrensakten zukommen. Er selbst war also spätestens ab Anfang 2018 über sämtliche tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Falles im Bild. Insbesondere konnte er auch jederzeit Kenntnis nehmen von der rechtlichen Grundlage für die Spruchkörperbesetzung gemäss dem damals geltenden Organisationsreglement des Strafgerichts. Dennoch hat er die Zulässigkeit der Spruchkörperbesetzung am Strafgericht Basel-Stadt zunächst in keiner Weise thematisiert. Dass er dies erst 3-4 Monate später tat, erweist sich nach dem vorstehend Ausgeführten schon aufgrund dieser Umstände als treuwidrig. Erst recht aber gilt das mit Blick auf den weiteren Verlauf des Verfahrens vor Strafgericht: Den Parteien wurde im Verfahren vor Strafgericht mit Verfügung vom 28. Dezember 2017 mitgeteilt, dass eine öffentliche Hauptverhandlung vor dem Dreiergericht voraussichtlich zwei Tage dauern und ■demnächst angesetzt■ werde. Am 17. Januar 2018 wurde der sogenannte ■Verfahrensablauf■ erstellt, aus welchem neben dem Zeitpunkt der Hauptverhandlung auch die Besetzung des Spruchkörpers ersichtlich ist. Gleichentags wurden die Vorladungen an die Parteien und an die Verteidiger versandt. Die Vorladungen enthielten als Beilage den Verfahrensablauf, worauf in den Vorladungen auch verwiesen wird. Der Berufungskläger nahm seine Vorladung am 20. Januar 2018 entgegen (vgl. Empfangsbescheinigung in den Akten). In der Folge liess er bzw. sein Verteidiger sich im Hinblick auf die Hauptverhandlung weitere Akten zukommen ■ so die CDs mit seinen Krankenakten ■, die er dann am 2. März 2018 zurückgab. Er stellte indessen keinen Verfahrens Antrag und machte mit keiner Silbe geltend, dass er die Zulässigkeit der Spruchkörperbesetzung anzweifle. Erst am 16. April 2018 ■ zwei Tage vor dem Verhandlungstermin ■ stellte er dann unvermittelt ein Gesuch um Verschiebung der Hauptverhandlung, um ■die Verfassungsmässigkeit der Besetzung der Richterbank () sicherzustellen■. Er verwies dabei auf das Bundesgerichtsurteil vom 20. März 2018, gemäss welchem § 12 des Organisationsreglements des Strafgerichts Basel-Stadt bzw. die darin geregelte Spruchkörperbildung nicht verfassungskonform seien (Eingabe vom 16. April 2018, vorab per Fax versandt). Der ganze zeitliche Ablauf, aber auch die Ausführungen des Berufungsklägers bzw. seines Verteidigers selbst, lassen keinen Zweifel daran, dass die Rüge der verfassungswidrigen Spruchkörperbesetzung nur deshalb just zwei Tage vor dem HV-Termin erhoben wurde, weil zu jenem Zeitpunkt die diesbezügliche Rechtsauffassung des Bundesgerichts publik geworden war. Wie zuvor aufgezeigt, ist dieser Zeitpunkt aber nicht massgeblich. Ausschlaggebend dafür, wann die Rüge hätte erhoben werden müssen, ist einzig und allein der Zeitpunkt, in welchem der behauptete Mangel festgestellt, d.h. Kenntnis von den hierfür relevanten Tatsachen genommen werden konnte. Das war bereits zu Beginn des Verfahrens vor Strafgericht der Fall, allerspätestens aber bei der Orientierung über die Bildung des Dreiergerichts. Der Berufungskläger hat die behaupteten Mängel im Sinne der zitierten Praxis nicht ■unverzüglich■ nach diesem Zeitpunkt bzw. wie im einschlägigen BGer 1B_429/2018 vom 29. November 2018 ausgeführt ■so früh wie möglich, d.h. nach deren Kenntnis bei erster Gelegenheit■ geltend gemacht, indem er ab dem Beginn des Verfahrens am Strafgericht 5 Monate, ab Kenntnis der konkreten Spruchkörperbesetzung immerhin 3 Monate zugewartet hat, bis er seine Rüge erhoben hat. Damit erweist sich sein Vorbringen als verspätet und ist er damit nicht zu hören. Es hat somit keine Rückweisung an das Strafgericht zu erfolgen.

2.4 In Bezug auf die weiteren Beschuldigten ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen. Als Folge der Feststellung, dass der vorinstanzliche Entscheid nicht richtig ist, sind sie inskünftig nicht mehr als Verfahrensbeteiligte zu behandeln.

3.

Über die Kosten des Rückweisungsverfahrens und die Entschädigung des amtlichen Verteidigers ist im Rahmen des Endentscheids zu befinden.

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