

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.56 vom 30. Juli 2024**

BS Appellationsgericht, 2024-07-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2022.56](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2022.56)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.56 du 30 juillet 2024

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2022.56 del 30 luglio 2024

## **Volltext**

Appellationsgericht

des Kantons Basel-Stadt

Dreiergericht

SB.2022.56

ZWISCHEN-ENTSCHEID

vom 30. Juli 2024

Mitwirkende

Dr. Patrizia Schmid (Vorsitz),

Prof. Dr. Jonas Weber, MLaw Anja Dillena

und Gerichtsschreiber Dr. Beat Jucker

Beteiligte

A\_\_\_\_, geb. [...] Berufungskläger

[...] Beschuldigter

vertreten durch B\_\_\_\_,

[...]

gegen

Staatsanwaltschaft Basel-Stadt Berufungsbeklagte

Binnerstrasse 21, 4001 Basel

C\_\_\_\_ Berufungsbeklagter

vertreten durch D\_\_\_\_, Privatkläger

[...]

Gegenstand

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen

vom 22. März 2022 (ES.2021.416)

betreffend Antrag auf Wiederholung der Berufungsverhandlung

2.1 Der Berufungskläger macht mit seiner Eingabe vom 26. Januar 2024 zusammengefasst geltend, angesichts der grossen Bedeutung von Protokollen, mithin der auf dem Spiel stehenden gewichtigen Interessen der Verfahrensbeteiligten, seien die

Protokollierungsvorschriften streng zu handhaben. Daraus folge, dass die Beachtung Letzterer Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls bilde und den Vorschriften zwingender Charakter zuzuerkennen sei. Wenn die Aufzeichnungen, die zu den Akten genommen würden, nach einer Hauptverhandlung defekt seien, liege kein gültiges Protokoll vor, welches Grundlage des Verfahrens für die nächste Instanz sein könne. Im vorliegenden Fall sei das Protokoll für den Weiterzug des Urteils an das Bundesgericht von eminenter Bedeutung, insbesondere zufolge diverser Interpellationen des Verteidigers im Hinblick auf den Ablauf des Verfahrens. Dabei komme es bekanntlich auf jedes Wort an. Nur mit einem exakten Protokoll, welches den Vorschriften entspreche, könne vor Bundesgericht der Beweis für etwaige Rügen geführt werden. Das vom Gerichtsschreiber verfasste Schriftprotokoll gebe den Gang der Verhandlung «nur unvollständig wieder».

2.2 Amtliche Verfahrenshandlungen müssten ■ so der Berufungskläger ■ den gesetzlich festgelegten Anforderungen genügen. Es gelte der Grundsatz der Formstrenge. Bestehe der Mangel in der Verletzung einer Ordnungsvorschrift, so möge dieser Mangel in der Regel folgenlos bleiben. Sei hingegen eine Gültigkeitsvorschrift missachtet worden, müsse die betreffende Verfahrenshandlung als nichtig erachtet werden, jedenfalls soweit diese eine beschuldigte Person belaste. Die Pflicht des Protokollführers zur Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls und die Pflicht, dass nur dann darauf verzichtet werden könne, der einvernommenen Person das Protokoll vorzulesen, wenn die Einvernahme im Hauptverfahren mit technischen Mitteln aufgezeichnet werde (Art. 78 Abs. 5bis StPO), bedeute aber, dass im vorliegenden Fall eine Gültigkeitsvorschrift verletzt worden sei. Die Missachtung von Gültigkeitsvorschriften könne im Verfahrensablauf geheilt werden. Dazu müsse die betreffende Verfahrenshandlung aber in einwandfreier Form wiederholt werden. Es entspreche der Eigenart des öffentlichen Rechts, zu dem auch das Strafprozessrecht zähle, dass ein Verwaltungsakt, der dem Gesetz nicht entspreche, nicht unabänderlich sei. Es sei deshalb grundsätzlich anerkannt, dass fehlerhafte Verfahrensvorgänge dadurch geheilt werden könnten, dass sie in einwandfreier Form wiederholt würden. Schliesslich gebiete es auch der Grundsatz von Treu und Glauben, dass wenn sich eine Verfahrenspartei auf die Tonbandaufnahme verlasse und diese defekt sei, dieser Verfahrensschritt wiederholt werde.

Der Privatkläger und der Vertreter der Staatsanwaltschaft machen mit ihren Vernehmlassungen vom 12. Februar 2024 und vom 6. Mai 2024 geltend, der Antrag auf Wiederholung der Berufungsverhandlung müsse aus formellen Gründen gar nicht behandelt werden. So könne gemäss Art. 78 Abs. 5bis StPO [in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung] bei einer technischen Aufzeichnung einer Verhandlung auf das Vor-/Durchlesen und die Unterzeichnung durch die einvernommenen Personen verzichtet werden. Dass sich die technische Tonaufzeichnung als fehlerhaft erwiesen habe, sei vorliegend indes deshalb irrelevant, weil das Gericht von der Kann-Vorschrift von Art. 78 Abs. 5bis StPO nicht Gebrauch gemacht und bereits ein Protokoll erstellt habe. Dieses sei vollständig (Art. 77 StPO) und damit entgegen der Auffassung des Berufungsklägers gültig. Dass dieser das Protokoll vor der Ausfertigung nicht unterzeichnet habe, sei darüber hinaus ohnehin unbeachtlich. Der Berufungskläger bzw. sein Verteidiger dürften anfangs September 2023 Kenntnis vom Protokoll erlangt haben. Ein Protokollberichtigungsgesuch im Sinne von Art. 79 Abs. 2 StPO sei indes nicht gestellt worden, obwohl ein solches praxisgemäss innert rund fünf Tagen einzureichen sei, was der Berufungskläger offensichtlich versäumt habe. Schliesslich sei der Sachverhalt (der Tweet des Berufungsklägers) bereits im Vorverfahren

unbestritten gewesen und es sei sowohl vor erster als auch vor zweiter Instanz bei Lichte betrachtet einzig um die rechtliche Würdigung des Sachverhalts gegangen. Gültigkeitsvoraussetzung im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO könne der fehlenden Tonaufzeichnung insofern auch aus materiellen Gründen nicht zukommen.

4.1 Gemäss Art. 76 Abs. 1 StPO werden die Aussagen der Parteien, die mündlichen Entscheide der Behörden sowie alle anderen Verfahrenshandlungen, die nicht schriftlich durchgeführt werden, protokolliert. Die Verfahrensleitung ist dafür verantwortlich, dass die Verfahrenshandlungen vollständig und richtig protokolliert werden (Art. 76 Abs. 3 StPO). Sie kann anordnen, dass Verfahrenshandlungen zusätzlich zur bzw. neben der schriftlichen Protokollierung ganz oder teilweise in Ton oder Bild festgehalten werden, wobei sie dies den anwesenden Personen vorgängig bekannt gibt (Art. 76 Abs. 4 StPO). Gemäss Art. 78 Abs. 1 StPO werden die Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen laufend protokolliert. Nach Abs. 3 derselben Bestimmung werden entscheidende Fragen und Antworten wörtlich protokolliert. Nach Abschluss der Einvernahme wird der einvernommenen Person das Protokoll vorgelesen oder ihr zum Lesen vorgelegt; sie hat das Protokoll nach Kenntnisnahme zu unterzeichnen und jede Seite zu visieren (Art. 78 Abs. 5 StPO). Wird die Einvernahme im Hauptverfahren mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet, kann das Gericht gemäss Art. 78 Abs. 5bis StPO [in der zur Tatzeit geltenden Fassung; vgl. zur Frage der Anwendbarkeit bzw. zu intertemporalen Fragen Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich 2020, Rz. 296 f.] darauf verzichten, der einvernommenen Person das Protokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von dieser unterzeichnen zu lassen; die Aufzeichnungen werden zu den Akten genommen (BGE 143 IV 408 E. 8.1).

4.2 Im Strafverfahren gilt die Dokumentationspflicht. Alle nicht schriftlichen Verfahrenshandlungen der Strafbehörden und der Parteien sind zu protokollieren. Die Pflicht zur Protokollführung leitet sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ab (BGE 130 II 473 E. 4.2, 126 I 15 E. 2a/ bb). Danach sind alle verfahrensmässig relevanten Vorgänge von den Behörden in geeigneter Form festzuhalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Strafakten zu integrieren (Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2020, Art. 76 N 1; Näpflin, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2023, Art. 76 StPO N 4 ff.). Im Strafprozess dient das Protokoll zum einen als Grundlage für die Feststellung des Sachverhalts. Zum andern erlaubt es die Kontrolle, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten sind, und garantiert insofern ein rechtsstaatlich korrektes Verfahren. Schliesslich versetzt es das Gericht und allfällige Rechtsmittelinstanzen in die Lage, die inhaltliche Richtigkeit und verfahrensmässige Ordnungsmässigkeit einer angefochtenen Entscheidung zu überprüfen. Die Bestimmungen über die Protokollierung von Einvernahmen sind zwingender Natur. Ihre Beachtung ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls und damit gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO Voraussetzung für die Verwertbarkeit der Aussage (BGE 143 IV 408 E. 8.2, 142 I 86 E. 2.2; BGer 6B\_893/2015 vom 14. Juni 2016 E. 1.4.3, 6B\_492/2012 vom 22. Februar 2013 E. 1.4).

4.3 Prozessrelevante Vorgänge müssen schriftlich-lesbar oder mindestens bildlich-visuell erfassbar dargestellt werden. Mündliche Verfahrensvorgänge sind demnach in Schriftform zu übertragen. Art. 76 Abs. 4 StPO erlaubt zwar, dass Verfahrenshandlungen ganz oder teilweise auch in Ton oder Bild festgehalten werden können. Dies kann indes nur zusätzlich

zur schriftlichen Protokollierung erfolgen. Die Aufnahme mit technischen Hilfsmitteln vermag das schriftliche Protokoll somit zwar zu ergänzen, nicht aber zu ersetzen. Auf die Schriftform kann daher grundsätzlich nicht verzichtet werden (BGE 143 IV 408 E. 8.3;Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, a.a.O., Art. 76 N 8;Näpfli, a.a.O., Art. 76 StPO N 18).

4.4Offenkundige Versehen hinsichtlich Verfahrens- oder Einvernahmeprotokollen berichtigt die Verfahrensleitung zusammen mit der protokollführenden Person; sie informiert darüber anschliessend die Parteien (Art. 79 Abs. 1 StPO). Über Gesuche um Protokollberichtigung in Bezug auf eine (angeblich) materiell falsche Protokollierung entscheidet die Verfahrensleitung (Art. 79 Abs. 2 StPO). Der Berichtigung nach Art. 79 Abs. 2 StPO unterliegen dabei nicht die Änderungen, Ergänzungen und Streichungen, die die einvernommene Person vor Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls anbringt. Bei Art. 79 Abs. 2 StPO geht es um die Berichtigungen von erst später entdeckten bzw. geltend gemachten Mängeln (Näpfli, a.a.O., Art. 79 StPO N 3).

5.1Im vorliegenden Fall wurde den Parteien mit der Vorladung angekündigt, dass die Berufungsverhandlung zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung akustisch aufgezeichnet werde, weswegen auf eine Verlesung des Protokolls und Unterzeichnung aller Seiten desselben durch die diversen Beteiligten verzichtet werde. Der technische Defekt wurde indes (erst) am Nachmittag des 30. August 2023 entdeckt, sodass am 29. August 2023 nach Ende der Berufungsverhandlung gestützt auf Art. 78 Abs. 5bisStPO kein Anlass bestand, dem Berufungskläger das Schriftprotokoll vorzulesen oder zum Lesen vorzulegen und von diesem unterzeichnen zu lassen. Es liegt in der Natur der Sache, dass bei dieser (unbeabsichtigt geschaffenen) Ausgangslage somit weder ein Protokoll im Sinne von Art. 78 Abs. 5 StPO (Unterzeichnung und Visierung jeder Seite unmittelbar nach der Einvernahme) noch eines im Sinne von Art. 78 Abs. 5bisStPO (Verzicht auf Unterzeichnung und Visierung jeder Seite, dafür Ablage des Audioprotokolls in den Akten) vorliegt.

5.2Diese (singuläre) Konstellation kann entgegen der Ansicht des Berufungsklägers jedoch nicht dazu führen, dass das Schriftprotokoll des Gerichtsschreibers ohne weiteres als ungültig zu betrachten wäre, zumal die akustische Aufzeichnung gemäss Art. 76 Abs. 4 StPO eine Kann-Vorschrift darstellt und im Sinne einer Ergänzung zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung erfolgt(e). Gegen eine quasi automatische Ungültigkeit spricht auch, dass ein Protokoll, bei dem die einvernommene Person ihre Unterschrift verweigert, ebenfalls nicht per se als ungültig angesehen wird (Art. 78 Abs. 5 StPO) und der Mangel vorliegend ohne weiteres nachträglich behoben werden kann. Die Strafprozessordnung regelt in Art. 79 Abs. 2 im Sinne einer lex specialis abschliessend, wie mit Berichtigungen von erst nach der zur Diskussion stehenden Verfahrenshandlung entdeckten Mängeln in Protokollen zu verfahren ist, sodass im Ergebnis die Standpunkte aller Beteiligten protokolliert sind. Für eine Wiederholung der Berufungsverhandlung gestützt auf den allgemeinen Grundsatz, dass fehlerhafte Verfahrensvorgänge dadurch geheilt werden können, indem sie in einwandfreier Form wiederholt werden, besteht somit entgegen der Ansicht des Berufungsklägers kein Raum.

5.3Als die Bemühungen zur Rekonstruktion der Tonspur definitiv gescheitert waren, wurde den Parteien in der Folge mitgeteilt, dass kein Audioprotokoll existiere. Zugleich wurde ihnen das Schriftprotokoll des Gerichtsschreibers zugänglich gemacht und ihnen Frist gesetzt, um diesbezügliche Anträge zu stellen. Der Berufungskläger hat mit seiner Eingabe vom 26. Januar 2024 in der Folge die Wiederholung der Berufungsverhandlung gefordert,

sodass mit vorliegenden Zwischen-Entscheid aus prozessökonomischen Gründen zunächst über diesen Antrag zu entscheiden war (bei Gutheissung des Antrags und Wiederholung der Berufungsverhandlung wäre eine Berichtigung im Sinne von Art. 79 Abs. 2 StPO obsolet geworden). Der Berufungskläger hat mit seinem Fristerstreckungsgesuch vom 25. September 2023 zwar geltend gemacht, das ihm zugestellte Schriftprotokoll des Gerichtsschreibers gebe den «Gang der Verhandlung nur unvollständig wieder». Er hat indes nie substantiiert, welche Aussagen von welcher beteiligten Person inwiefern unvollständig wiedergegeben worden sein sollen. Diese Möglichkeit wird ihm nun erneut gegeben. Sollte er weiterhin der Meinung sein, das Schriftprotokoll des Gerichtsschreibers sei fehlerhaft, wird er mit Frist bis zum 30. Oktober 2024 (einmal erstreckbar) aufgefordert, im Sinne von Art. 79 Abs. 2 StPO zu spezifizieren, welche Änderungen, Ergänzungen oder Streichungen er wünscht und das Protokoll auf jeder Seite zu visieren und am Ende zu unterzeichnen. Der Entscheid über die Umsetzung der (allenfalls) verlangten Korrekturen obliegt der Verfahrensleiterin (Art. 79 Abs. 2 StPO). Werden keine Korrekturen geltend gemacht, wird der Berufungskläger innert derselben Frist aufgefordert, das Schriftprotokoll des Gerichtsschreibers auf jeder Seite zu visieren und am Ende zu unterzeichnen.

6.

Der Antrag auf Wiederholung der Berufungsverhandlung ist somit abzuweisen. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit dem Urteil in der Sache entschieden.

://: Der Antrag auf Wiederholung der Berufungsverhandlung wird abgewiesen.

Sollte der Berufungskläger der Meinung sein, das Schriftprotokoll des Gerichtsschreibers sei fehlerhaft, wird er mit Frist bis zum 30. Oktober 2024 (einmal erstreckbar) aufgefordert, im Sinne von Art. 79 Abs. 2 StPO zu spezifizieren, welche Änderungen, Ergänzungen oder Streichungen er wünscht und das Protokoll auf jeder Seite zu visieren und am Ende zu unterzeichnen. Der Entscheid über die Umsetzung der (allenfalls) verlangten Korrekturen obliegt der Verfahrensleiterin (Art. 79 Abs. 2 StPO).

Werden keine Korrekturen geltend gemacht, wird der Berufungskläger innert derselben Frist aufgefordert, das Schriftprotokoll des Gerichtsschreibers auf jeder Seite zu visieren und am Ende zu unterzeichnen.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit dem Urteil in der Sache entschieden.

Mitteilung an:

Die Präsidentin

Der Gerichtsschreiber

Dr. Patrizia Schmid

Dr. Beat Jucker

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 78 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung Beschwerde in Strafsachenerhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht (1000 Lausanne 14) eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz im Ausland übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG). Für die Anforderungen an den Inhalt der Beschwerdeschrift wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

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