



**6B\_396/2018**

**Urteil vom 15. November 2018**

**Strafrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,  
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte  
Y. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Advokat Alain Joset,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Mehrfache ungetreue Geschäftsbesorgung  
mit Bereicherungsabsicht,  
mehrfache Urkundenfälschung etc.;  
Zusammensetzung des Spruchkörpers,

Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, vom 30. Oktober 2017 (SB.2015.9).

**Sachverhalt:**

**A.**

Am 1. September 2014 verurteilte das Strafgericht Basel-Stadt Y. \_\_\_\_\_ zusammen mit weiteren Angeklagten wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung mit Bereicherungsabsicht, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Erschleichung einer falschen Beurkundung sowie mehrfacher Vergehen gegen das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer und das Gesetz über die direkten Steuern des Kantons Basel-Stadt zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 14 Monaten. In weiteren Anklagepunkten sprach es ihn frei. Auf seine Berufung sowie teilweise Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft hin stellte das Appellationsgericht Basel-Stadt das Verfahren am 30. Oktober 2017 bezüglich der vor dem 1. Oktober 2002 begangenen Handlungen zufolge Verjährung ein; im Übrigen bestätigte es die erstinstanzlichen Schuld- und Freisprüche. Es reduzierte die bedingte Freiheitsstrafe auf 12 Monate, abzüglich eines Tages für erstandenen Polizeigewahrsam.

**B.**

Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt Y. \_\_\_\_\_, er sei freizusprechen, eventuell sei die Sache zur Durchführung eines bundesrechts- und EMRK-konformen Verfahrens an das Appellationsgericht bzw. an das Strafgericht zurückzuweisen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

**C.**

Das Appellationsgericht hat zur Frage der Spruchkörperbesetzung Stellung genommen; die Staatsanwaltschaft verzichtet auf eine Stellungnahme. Y. \_\_\_\_\_ reicht eine Vernehmlassung hierzu ein.

## Erwägungen:

### 1.

Der Beschwerdeführer rügt die Spruchkörperbesetzung beider kantonalen Instanzen als Verstoss gegen den Anspruch auf ein unabhängiges Gericht.

**1.1.** Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Die Regelung will verhindern, dass Gerichte eigens für die Beurteilung einer Angelegenheit gebildet werden. Die Rechtsprechung soll auch nicht durch eine gezielte Auswahl der Richterinnen und Richter im Einzelfall beeinflusst werden können. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV (**BGE 137 I 340 E. 2.2.1**). Das Bundesgericht hat ein gewisses Ermessen bei der Besetzung des Spruchkörpers sowie beim Entscheid über den Beizug von Ersatzrichtern nicht ausgeschlossen. Soweit das massgebliche Verfahrensrecht keine oder nur lückenhafte Regeln zur Besetzung des Spruchkörpers enthält, obliegt es danach dem Vorsitzenden, die Richterbank im Einzelfall nach objektiven Kriterien zu besetzen und das ihm dabei zustehende Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Auch die europäische Praxis betont die Bedeutung einer regelorientierten Bestimmung der urteilenden Richter. Sie verlangt aber nicht nach einer gesetzlichen Festlegung, solange abstrakte Kriterien in transparenter Weise im Voraus definiert werden, was auch in Form einer gefestigten Praxis erfolgen kann. Dass jegliches Ermessen ausgeschlossen und die Festlegung rein regelgebunden ausgestaltet wird, ist ebenfalls nicht erforderlich (**BGE 144 I 37 E. 2.1 S. 38 f.**; Urteil 1C\_187/2017 vom 20. März 2018 E. 6.1, 6.6; je mit Hinweisen).

### 1.2.

**1.2.1.** Die vorinstanzliche Spruchkörperbesetzung erfolgte im Juli 2015 und damit unter der Herrschaft des bis 30. Juni 2016 gültig gewesenen Gesetzes vom 27. Juni 1895 betreffend Wahl und Organisation der Gerichte sowie der Arbeitsverhältnisse des Gerichtspersonals und der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt (Gerichtsorganisationsgesetz, aGOG [SG 154.100]). Demnach wies der oder die Vorsitzende des Gesamtgerichts die Geschäfte unter Beachtung eines vom Gericht zu erlassenden Reglements den Kammern und Ausschüssen zu; deren Vorsitzende verteilten die Geschäfte unter die der Kammer oder dem Ausschuss zugehörigen Präsidenten zur Vorbereitung der Verhandlung (§ 66 Abs. 1 und § 68 Abs. 1 aGOG). Neben der von der Gesamtgerichtsvorsitzenden bestimmten Verfahrensleitung an einen Präsidenten oblag die Besetzung des Spruchkörpers gemäss langjähriger Praxis des Appellationsgerichts der Ersten Gerichtsschreiberin. Diese bestimmte den Spruchkörper in erster Linie aufgrund der zeitlichen Verfügbarkeit der Richterinnen und Richter, deren Belastung und fachlichen Spezialisierungen. Das Bundesgericht hat sich im ebenfalls den Beschwerdeführer und den Kanton Basel-Stadt betreffenden Urteil 1C\_187/2017 vom 20. März 2018 E. 6 f. zur Vereinbarkeit des Organisationsreglements des Strafgerichts vom 16. Dezember 2016 mit übergeordnetem Recht ausführlich mit den Anforderungen an ein auf Gesetz beruhendes Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK befasst. Es hat erwogen (E. 7.2), der Delegation des Vollzugs der Spruchkörperbildung an eine gerichtsinterne, nicht richterliche Instanz, etwa die Gerichtskanzlei, stünden grundsätzlich keine Bedenken entgegen, wenn und soweit bei der Zuteilung überhaupt kein Spielraum bestehe, weil sie nach starren Kriterien vorgenommen werde. Die Spruchkörperbildung erfolge in diesem Fall in transparenter und nachprüfbarer Weise gleich wie beim Einsatz eines Computers. Räume hingegen die gesetzliche Normierung Ermessen ein, so scheine es unabdingbar, dessen Ausübung einem Richter als unabhängigem, nicht weisungsgebundenem Organ vorzubehalten. Sowohl einer Gerichtskanzlei, als auch einem Gerichtsschreiber fehle diese Unabhängigkeit. Sie verfügten auch nicht über demokratische Legitimation. Diesfalls biete eine Gerichtskanzlei - oder ein Gerichtsschreiber - nicht hinreichend Gewähr für eine sachliche Handhabung des eingeräumten Ermessens.

**1.2.2.** Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt versieht acht Gerichtspräsidien und vierzehn, durch den Grossen Rat gewählte nebenamtliche Richterinnen und Richter. Die für die Spruchkörperbildung zuständige Erste Gerichtsschreiberin verfügt somit über ein erhebliches Ermessen. Dies ist mit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben gemäss der vorstehend zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung unvereinbar. Daran ändert nichts, dass die zuständige Gerichtsschreiberin im Voraus bestimmte Kriterien, wie die zeitliche Verfügbarkeit der Richterinnen und Richter, deren Belastung und fachliche Spezialisierungen zu beachten hat. Zwar hat das Bundesgericht in einem den Kanton Bern betreffenden Fall derartige Kriterien genügen lassen und erwogen, dadurch würde das Ermessen in ähnlicher Weise eingeschränkt, wie dies bei der Spruchkörperbesetzung des Bundesgerichts der Fall sei (Urteil 1B\_517/2017 vom 13. März 2018 E. 6.3, zur Publ. vorgesehen; **BGE 144 I 37**). Im Unterschied zum Kanton Basel-Stadt erfolgt die Spruchkörperbildung im Kanton Bern indes durch die Abteilungspräsidentin, also durch eine demokratisch legitimierte, nicht weisungsgebundene Gerichtsperson, welcher unter dem Gesichtspunkt von Art. 30 Abs. 1 BV ein gewisser Ermessensspielraum zukommen darf. Das ebenfalls das vorliegende Verfahren betreffende Urteil 1B\_491/2016 vom 24. März 2017 führt zu keinem anderen Ergebnis. Darin hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Anfechtung der Vorladung zur Gerichtsverhandlung durch den Beschwerdeführer erwogen, die vorinstanzliche Spruchkörperbesetzung durch die erste Gerichtsschreiberin sei als übergangsrechtliche Regelung verfassungs- und konventionskonform (E. 1.3). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist dieser Entscheid

für das Bundesgericht zwar grundsätzlich bindend. Die im erwähnten Entscheid vertretene Auffassung lässt sich aber im Lichte der geänderten Rechtsprechung, namentlich des Urteils 1C\_187/2017 vom 20. März 2018, nicht aufrechterhalten. Angesichts der besonderen Bedeutung des verfahrensrechtlichen Anspruchs der Parteien auf ein auf Gesetz beruhendes Gericht überwiegt das Interesse der "richtigen", neuen Rechtsanwendung dasjenige der Rechtssicherheit klar. Dies gilt umso mehr, als das Urteil 1B\_491/2016 vom 24. März 2017 lediglich eine Zwischenentscheidung betrifft und solche grundsätzlich nicht in Rechtskraft erwachsen (FELIX UHLMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 2 zu Art. 92 BGG).

**1.2.3.** Soweit die erstinstanzliche Spruchkörperbesetzung, abgesehen vom Präsidenten des Strafgerichts, ebenfalls durch die Kanzlei erfolgte, erweist sich nach dem in Erwägung 1.2.2 Gesagten auch diese als unzulässig. Daran ändert nichts, dass die Kanzlei eine nach Möglichkeit gleichmässige Verteilung der Geschäftslast anstreben musste und, dass die Präsidiumskonferenz die Zuweisungspraxis überprüfen konnte. Dabei handelt es sich nicht um im Voraus bestimmte, jegliches Ermessen der Kanzlei ausschliessende Kriterien, wie dies beim Einsatz eines Computers der Fall wäre. Entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz betrachtete das Bundesgericht im den Kanton Basel-Stadt betreffenden Urteil 1C\_187/2017 vom 20. März 2018 E. 6 f. den Anspruch auf ein verfassungsmässiges Gericht nicht nur als verletzt, wenn die Gerichtskörperbesetzung tatsächlich nach unsachgemässen Kriterien erfolgte. Es beanstandete vielmehr die Gerichtskörperbesetzung durch die Kanzlei an sich, soweit dieser ein Ermessen zukommt.

## **2.**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegenstandslos.

Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der Kanton Basel-Stadt hat dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

### **3.**

Der Kanton Basel-Stadt hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

### **4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Dreiergericht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 15. November 2018

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Matt