

Dr. iur. Franz Riklin

Professor an der Universität Freiburg
Chemin Albert Schweitzer 8
1700 Freiburg i.Ue.

Tel. privat: 026 / 481 13 37
Tel. Büro: 026 / 300 80 67
Fax Büro: 026 / 300 96 94
E-Mail: franz.riklin@unifr.ch

Adresse an der Universität:
Institut für Strafrecht
Büro 5.320
Beauregard 11
1700 Freiburg i.Ue.

Frau
Dr. Vera Delnon
Rechtsanwältin
Winzerhalde 16
8049 Zürich

Freiburg, den 13. Dezember 2004

Ergänzungsgutachten i.S. Zäch betr. den Anklagegrundsatz

Sehr geehrte Frau Delnon,

Sie haben mich im Frühjahr dieses Jahres beauftragt, zur Frage Stellung zu nehmen, ob im Fall von Dr. Guido A. Zäch, den das Strafgericht Basel-Stadt am 11. Juli 2003 wegen mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig erklärte, der *Anklagegrundsatz* verletzt wurde.

Ich äusserte mich dazu in meinem Gutachten vom 28.4.2004. Dieses Gutachten (nachstehend „Gutachten“ genannt) befasste sich einerseits mit den Mängeln der Anklageschrift im Allgemeinen (Gutachten Ziff. III., S. 8 ff.) und andererseits mit der Verletzung des Anklagegrundsatzes in den Fällen, in denen es zu einem Schuldspruch kam, im Besonderen (Gutachten Ziff. IV., S. 19 ff.).

Vor kurzem haben Sie mir einen neuen Auftrag erteilt und mich gebeten, im Rahmen eines Ergänzungsgutachtens zur Frage der Verletzung des Anklagegrundsatzes in den zwei Anklagepunkten Stellung zu nehmen, in denen die Staatsanwaltschaft *gegen die gerichtlichen Freisprüche* appelliert (Anklagepunkte 10 und 12).

Ferner haben Sie mich gebeten, zu der von der Anklage verlangten *Änderung der rechtlichen Qualifikation der gerichtlichen Schuldsprüche* (Veruntreuung statt ungetreue Geschäftsbesorgung) aus der Sicht des Anklagegrundsatzes Stellung zu nehmen (Anklagepunkte 1 und 3).

Ich komme diesem Auftrag hiermit nach. Meine Ausführungen gliedern sich wie folgt:

1. Vorbemerkungen
2. Allgemeines
3. Würdigung der von der Staatsanwaltschaft verlangten Umqualifizierung der gerichtlichen Schuldsprüche aus der Sicht des Anklagegrundsatzes
 - 3.1. Allgemeines
 - 3.2. Zur Abgrenzung zwischen Art. 138 und 158 StGB
 - 3.3. Veruntreuung im Anklagepunkt 1?

- 3.4. *Veruntreuung im Anklagepunkt 3.2.?*
- 3.5. *Veruntreuung im Anklagepunkt 3.3.?*
- 3.6. *Schlussbemerkung: Fehlender Vorhalt der behaupteten Delikte*
- 4. Verletzung des Anklagegrundsatzes in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft gegen gerichtliche Freisprüche appelliert
 - 4.1. *Allgemeines*
 - 4.2. *„Zweckwidrige Verwendung von Spendegeldern“*
 - 4.3. *Neue in der Anklageschrift nicht erwähnte Deliktswürfe*
 - 4.4. *Eingeständnis des Strafgerichts*
 - 4.5. *Pflicht zur Nennung des Geschädigten*
 - 4.6. *Verbot eines „Geschädigtenaustausches“*
 - 4.7. *Fehlende Vorhalte*
- 5. Nachtrag zur Frage der Möglichkeit der Behebung von Mängeln einer Verletzung des Anklagegrundsatzes im Berufungsverfahren

1. Vorbemerkungen

Bevor auf Details eingegangen wird, ist zunächst wie folgt Bilanz zu ziehen:

Gemäss Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 11.7.2003 i.S. Dr. Guido A. Zäch waren 13 Anklagepunkte zu beurteilen (12 gemäss Anklageschrift vom 31.7.2002 und einer gemäss ergänzender Anklageschrift vom 28.3.2003).

In der Mehrzahl der Anklagepunkte wurde das Verfahren eingestellt oder Dr. Zäch freigesprochen.

Eine Verurteilung erfolgte in den Anklagepunkten 1 (soweit Bezüge des Angeklagten zur Diskussion stehen), 3.2. und 3.3. (betr. Nebenkosten und Ausbau der Liegenschaft Mühlegasse, Zofingen), 4 (soweit die Renovation 1998 sowie Betriebszuschüsse, Darlehen und Kredite zwischen 1990 und 1999 betr. Engel, Dornach, zur Diskussion stehen) und 5 (Wiesental AG, Herisau). Zu diesen Schuldsprüchen habe ich aus der Sicht des Anklagegrundsatzes in meinem Gutachten vom 28.4.2004 Stellung genommen. Im Rahmen dieses Ergänzungsgutachtens werde ich wie erwähnt nochmals auf diese Thematik zurückkommen, soweit die Staatsanwaltschaft für eine andere rechtliche Qualifikation plädiert (Anklagepunkte 1, 3.2. und 3.3.).

In zwei Fällen, in denen Freisprüche erfolgten, hat die Staatsanwaltschaft wie erwähnt appelliert (Anklagepunkt 10 soweit eine Spende des Ehepaars Sprüngli zur Diskussion steht und 12 betr. die Avina Stiftung). Zu diesen zwei Themen werde ich, wie ebenfalls bereits erwähnt, im Rahmen dieses Ergänzungsgutachtens aus der Sicht des Anklagegrundsatzes Stellung nehmen.

Die Freisprüche und Einstellungen des Strafgerichts Basel-Stadt sind somit rechtskräftig, soweit folgende Anklagepunkte zur Diskussion stehen: Anklagepunkt 1

(betr. Vermittlungshonorar Ifflikon), Anklagepunkt 2, Anklagepunkt 3.1. (betr. Garten, Büromöbel und Telefonkosten Liegenschaft Mühlegasse Zofingen), Anklagepunkt 4 (betr. Grossrenovation 1990-1994 i.S. Engel, Dornach) sowie in den Anklagepunkten 6-9, 10 (betr. eine anonyme Spende und die Spende Myrtha Höhn) und 11 sowie im Anklagepunkt betr. Verleumdung gemäss der ergänzenden Anklageschrift vom 28.2.2003. Dies anerkennt auch die Staatsanwaltschaft unter V. ihrer Eingabe vom 7.5.2004.

2. Allgemeines

In meinem Gutachten vom 28.4.2004 habe ich auf S. 2 ff. ausgeführt, dass es beim Anklagegrundsatz, der in Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a EMRK, Art. 32 Abs. 2 BV sowie – bezogen auf Basel – in § 24 der Basler StPO verankert ist, u.a. auch um den *Anspruch des Angeklagten auf rechtliches Gehör* geht, weil dieser als Folge dieses Grundsatzes erfährt, was Thema des Prozesses ist. Namentlich Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung verpflichtet die Behörden, dem Angeklagten rasch und umfassend sowohl die *genauen tatsächlichen Vorwürfe*, die der Anklage zu Grunde liegen, als auch deren *einstweilige juristische Qualifikation* bekannt zu geben. Man spricht in diesem Zusammenhang von der **Informationsfunktion** des Anklagegrundsatzes. Sie ist auch für die Vorbereitung der Verteidigung und die Verteidigung wichtig. Aus den einschlägigen rechtlichen Vorschriften und den Kommentaren in der Fachliteratur zu den Kriterien der inhaltlichen Ausgestaltung einer Anklage geht hervor, dass dem Beschuldigten die zur Last gelegten Handlungen oder Unterlassungen *unter Angabe aller Umstände, namentlich von Ort, Zeit, Tatausführung und der Geschädigten* bekannt gegeben werden müssen. In meinem Gutachten habe ich auch die massgebenden Gerichtsentscheide, namentlich jene des Bundesgerichts, aufgeführt, die sich in diesem Sinn äussern (S. 6 ff.).

In Ergänzung zu meinem Gutachten verweise ich neben der dort angegebenen Literatur auf die folgenden zwei weiteren Literaturzitate:

- In der Dissertation Peter Reinhart, Die Befragung des Beschuldigten im Strafprozess, Bern 1978, S. 91-99 wird ausgeführt, es bedürfe nach der einschlägigen Literatur einer ausdrücklichen Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts der Beschuldigungen. Der Autor zitiert auf S. 96 Schultz, der ausführt, gestützt auf zahlreiche Bundesgerichtsentscheide sei ein grosses Gewicht auf die genaue Umschreibung der Beschuldigung sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Beziehung zu legen.
- Auch Hans Walder hat in einem Aufsatz betr. Fehler bei der Durchführung von Einvernahmen (AJP 1992, S. 1105 ff., speziell S. 1108) betont, dass gleich am Anfang einer Beschuldigtenvernehmung der Befragte über den wesentlichen Inhalt der Bezichtigung zu orientieren sei. Der Genannte solle wissen, weswegen man ihn vernehmen will, um sich entsprechend verteidigen zu können. Eine summarische Deliktumschreibung z.B. „betr. Diebstahl“ genüge für eine Vorladung, nicht aber für eine Einvernahme.

Es sei schon jetzt vorweg vermerkt, dass einem solchen Informationsgebot weder in den 37 Einvernahmen des Ermittlungsverfahrens, noch in der Anklageschrift und

auch nicht in der Hauptverhandlung nachgelebt wurde, was man bei der Durchsicht der betreffenden Protokolle und Dokumente unschwer feststellen kann (vgl. nachstehend Ziff. 3.6. und 4.7.).

In meinem Gutachten vom 28.4.2004 verwies ich zudem darauf, dass der Anklagegrundsatz Ausfluss des Gewaltenteilungsprinzips ist. Er bewirke eine Machtverteilung. Das führe auch zu einer Verteilung der Prozessrollen. Die Strafverfolgungsbehörden ermitteln und klagen an, während das Gericht die vorgetragenen Anklagepunkte beurteilt (vgl. Gutachten, S. 2). Sehr prägnant hat dies das Bundesgericht in einer Basler Entscheidung zum Ausdruck gebracht, der am Ende dieses Ergänzungsgutachtens in Ziff. 5 erläutert wird. Danach kommt dem Anklagegrundsatz neben der Informationsfunktion auch eine **Umgrenzungsfunktion** zu. Dies ist vor allem für das Gericht von Bedeutung und garantiert die strikte Trennung zwischen richterlicher und anklagender Aufgabe. Das Gericht ist demzufolge an die Anklage gebunden, was die Basler StPO in § 24 Abs. 2 und § 127 Abs. 2 ausdrücklich festhält. Es geht nicht an, dass das Gericht über Vorwürfe urteilt, die nicht Gegenstand der Anklageschrift sind. Wie ebenfalls aufzuzeigen sein wird, hat die Vorinstanz dieses Prinzip verletzt (vgl. nachstehend Ziff. 4.3. und 4.5.).

3. Würdigung der von der Staatsanwaltschaft verlangten Umqualifizierung der gerichtlichen Schuldsprüche aus der Sicht des Anklagegrundsatzes

3.1. Allgemeines

In Bezug auf die Anklagepunkte 1 (Bezüge des Angeklagten) und 3.2. sowie 3.3. (Nebenkosten und Ausbau der Liegenschaft Mühlegasse, Zofingen) verlangt die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen Veruntreuung statt wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung.

Ich habe bereits in meinem Gutachten vom 28.4.2004 dargelegt, dass in diesen Anklagepunkten der Anklagegrundsatz wegen mangelnder Zuordnung des vorgeworfenen Verhaltens zu den als verletzt erachteten Strafnormen verletzt wurde, weil nicht präzisiert worden ist, ob es in concreto um eine Veruntreuung oder eine ungetreue Geschäftsbesorgung geht und welche Tatbestandsvarianten bzw. welche Qualifikationen allenfalls anwendbar sein sollen. Deshalb sei bei der Lektüre der einzelnen Anklagepunkte nicht zweifelsfrei erkennbar, auf welchen Straftatbestand die Anklage jeweils anspiele (vgl. mein Gutachten, S. 8 ff. und 19 f.).

Ferner wurde das Fehlen genügender Angaben über das Vorliegen der Elemente der einzelnen Tatbestände gerügt, namentlich dass nicht zum Ausdruck kommt, worin die Pflichtwidrigkeit einer allfälligen ungetreuen Geschäftsbesorgung liegt. Bei Respektierung des Anklagegrundsatzes müsste detailliert angegeben werden, welche Tatbestandselemente von welchem Delikt erfüllt worden sind (vgl. Gutachten, S. 15 ff. und 19 f.). Auch nach der Basler Strafprozessordnung § 112 sind die wesentlichen Umstände, unter denen die Handlungen begangen worden sind, mit möglichst genauer Bezeichnung von Zeit und Ort anzugeben.

Bei den Anklagepunkten 3.2. und 3.3. wurden zusätzlich die irreführenden Angaben über die geschädigte Person gerügt, namentlich dass als Geschädigte die Stiftung bzw. eine angebliche wirtschaftliche Einheit von Gönnervereinigung und Stiftung

angegeben sei, obwohl es gegebenenfalls die Gönnervereinigung wäre. In meinem Gutachten wurde deshalb ausgeführt, es gehe nicht an, faktenwidrig ein Multipack an geschädigten Institutionen zu präsentieren (vgl. Gutachten, S. 11 ff. und 20). Des weitern wurde gerügt, dass Art. 158 StGB einen Vermögensschaden voraussetzt, wobei in der Anklageschrift namentlich im Anklagepunkt 3.3. nicht einmal behauptet, geschweige denn dargetan wurde, worin der Vermögensschaden liegt, hat doch die Gönnervereinigung in diesem Fall nur werterhaltende oder wertvermehrende Aufwendungen in ihr Eigentum vorgenommen (vgl. Gutachten, S. 20).

Diese unter dem Eindruck der Verurteilung von Dr. Zäch wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung vorgenommene Würdigung gilt natürlich auch für den Fall einer Qualifikation des Verhaltens von Dr. Zäch als Veruntreuung. Gemäss Art. 138 StGB wird dem Täter eine fremde bewegliche Sache oder ein Vermögenswert anvertraut mit der Verpflichtung, sie bzw. ihn gemäss den erteilten Weisungen, die ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt sein können, *im Interesse eines anderen* zu verwenden, insbesondere zur verwahren, zu verwalten und abzuliefern. Das Anvertrauen von Vermögenswerten im Sinn von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB setzt voraus, dass der Treugeber sein Eigentum vollständig aufgibt und es dem Treuhänder einräumt. Dies wiederum setzt voraus, dass der Vermögenswert dem Treugeber gehört, d.h. von diesem bereits einmal behändigt und dann dem Treuhänder übertragen worden war (Niggli/Riklin, Skript Strafrecht BT, 8. Aufl., 2004/2005 § 7 S. 126; <http://www.unifr.ch/lman/>). Die Tathandlung besteht in der unrechtmässigen Verwendung dieser Vermögenswerte, d.h. in der Verfügung über sie entgegen einer gesetzlich oder vertraglich begründeten Verhaltenspflicht. Inwiefern dies bei den einzelnen Anklagepunkten, bei denen es sich nach Meinung der Staatsanwaltschaft um Veruntreuung handeln könnte, der Fall ist, wird in der Anklageschrift nicht gesagt (vgl. Gutachten, S. 15). Dies war auch nicht ein Thema der Befragung von Dr. Zäch im Rahmen des Beweisverfahrens der Hauptverhandlung, obwohl in Basel gemäss § 127 StPO das Unmittelbarkeitsprinzip gilt und nur aufgrund der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise ein Urteil gefällt werden darf.

3.2. Zur Abgrenzung zwischen Art. 138 und 158 StGB

Zwischen Art. 138 und dem Treuebruchtatbestand, begangen in Bereicherungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3), besteht nach Lehre und Praxis unechte Konkurrenz (vgl. statt vieler Marcel A. Niggli in Basler Kommentar, N 155 zu Art. 158 StGB). Erfüllt ein Verhalten sowohl den Tatbestand der Veruntreuung als auch denjenigen der ungetreuen Geschäftsbesorgung, kommt ausschliesslich Art. 138 zur Anwendung, da die Veruntreuung als Spezialfall gegenüber der ungetreuen Geschäftsbesorgung gilt; vgl. Niklaus Schmid, Zur Frage der Abgrenzung der Veruntreuung (Art. 140 StGB) zur ungetreuen Geschäftsführung (Art. 159 StGB) in: SJZ 1972, S. 117 und Guido Urbach, Die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, Diss. Zürich 2002, S. 158. Ein Grund ist, dass in Art. 138 StGB das Tatbestandsmerkmal „Anvertrautsein“ gegeben sein muss, das in Art. 158 fehlt (Schmid, a.a.O. S. 117). Bei einer Abgrenzung zwischen Art. 138 und 158 muss daher u.a. geprüft werden, ob das Tatbestandsmerkmal des „Anvertrautseins“ i.S. von Art. 138 gegeben ist. In diesem Zusammenhang wird nun die Meinung vertreten, zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Anvertrautsein“ genüge das blosses Zugänglichmachen nicht. Die Sachen bzw. Vermögenswerte müssten dem Treuhänder in relevanter Weise anvertraut worden sein. Dabei überzeugt die

Meinung, dass das Geschäftsvermögen von Handelsgesellschaften bzw. juristischen Personen den Organen nicht anvertraut, sondern bloss zugänglich gemacht werde (Andreas Donatsch, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, ZStR 1996, S. 200 ff., 219; ders., Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft, ZStR 2002, S.1 ff. 25; Urbach, a.a.O. S. 160; Vorinstanz S. 47). Den Organen seien die Vermögenswerte nicht im rechtlichen Sinn anvertraut, da ihre Tätigkeit nicht darauf ausgerichtet sei, die Vermögenswerte in ihrem „Bestand zu erhalten bzw. technisch zu verwalten“ (Donatsch, a.a.O. S. 219), sondern einen Gewinn zu erzielen. Pflichtverletzungen von Organen könnten daher nur gemäss Art. 158 StGB geahndet werden.

Soweit gegenteilige Literatur- und Judikaturzitate aufgeführt werden, ist Vorsicht geboten. Z.T. wird auf Autoren verwiesen, die lediglich sagen, wenn sowohl die Voraussetzungen der Veruntreuung als auch der ungetreuen Geschäftsbesorgung gegeben seien, gehe Art. 138 StGB vor. Damit ist aber die Vorfrage noch nicht beantwortet, ob Organen von juristischen Personen das Geschäftsvermögen effektiv anvertraut ist. Von Belang ist ferner, ob die betreffende juristische Person in der Vermögensverwaltung tätig und der Täter gesellschaftsintern für die Verwaltung von Kundenvermögen verantwortlich ist oder nicht. Das Bundesgericht hat dies jüngst in einem unveröffentlichten Entscheid vom 21. November 2002 ganz klar auseinander gehalten (vgl. Urteil des Kassationshofes 6S.249/2002). Es führte aus: „Das Organ und der Angestellte einer juristischen Person, welche gemäss ihrem Zweck Vermögen verwaltet, gelten als berufsmässige Vermögensverwalter, wenn sie intern für die Verwaltung von Kundenvermögen verantwortlich sind (...). Anders verhält es sich hingegen mit dem Gesellschaftsvermögen selbst. So ist namentlich das Verwaltungsratsmitglied einer Aktiengesellschaft nicht berufsmässiger Vermögensverwalter; es ist in Bezug auf die Gesellschaft auch nicht ein Dritter, sondern als Organ Teil der Gesellschaft (...). Zwar kann es über das Vermögen der Gesellschaft bestimmen, tut dies aber im Rahmen seiner Aufgaben als Organ der Gesellschaft. Mit der Wahl zum Organ empfängt der Gewählte nicht Gesellschaftsvermögen, um dieses im Interesse der Gesellschaft zu verwalten; die Gesellschaft behält Gewahrsam an den betreffenden Vermögenswerten und verwaltet sie, wenn auch durch ihre Organe, weiterhin selbst“. Entscheidend sei, ob jemand seine Tätigkeit in der Eigenschaft eines Organs einer Gesellschaft wahrgenommen habe, oder ob er als Mandatar, als aussenstehender Dritter, handelte, den die Gesellschaft beauftragt hat.

3.3 Veruntreuung im Anklagepunkt 1?

Wie in meinem Gutachten (S. 9) ausgeführt, drückt sich die Staatsanwaltschaft in der Einführung zu den einzelnen strafbaren Handlungen (Anklageschrift B, Einleitung) so aus, dass man meinen kann, es gehe in erster Linie um ungetreue Geschäftsbesorgung. Denn es wird behauptet, der Angeklagte habe gegenüber der Stiftung als ihr oberstes Organ die Pflicht gehabt, deren Vermögen sorgfältig zu verwalten und er habe durch pflichtwidrigen Gebrauch seiner umfassenden Verfügungsmacht einen Schaden von über 61 Mill. Franken verursacht. Im anschliessenden Absatz wird dieser Eindruck verstärkt, weil gesagt wird, Dr. Zäch habe u.a. in den Anklagepunkten 1 und 3 „*ausserdem*“ in der Absicht gehandelt, sich selbst oder ihm nahe stehende Personen *zum Nachteil der Stiftung* unrechtmässig

zu bereichern. Damit wird auf den qualifizierten Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 angespielt, der Bereicherungsabsicht voraussetzt, und nicht auf eine Veruntreuung.

Zum Anklagepunkt 1 wird ferner in der Anklageschrift lediglich gesagt, soweit Dr. Zäch mehr an Lohn und Spesen bezogen habe, als 1980 abgemacht, seien diese Gelder „unrechtmässig verwendet“ worden. An eine Veruntreuung kann man höchstens deshalb denken, weil von „anvertrauten Bankguthaben“ die Rede ist. Dies ist jedoch eine ungenügende Umschreibung einer allfälligen Veruntreuung. Dr. Zäch wurde als Organ der Gesellschaft nicht Stiftungsvermögen anvertraut, um dieses im Interesse der Gesellschaft zu verwalten. Zu diesem Vermögen hatte er nur Zugang. Dr. Zäch hat seine Tätigkeit in seiner Eigenschaft als Organ der Stiftung wahrgenommen, nicht als Mandatar, als aussenstehender Dritter. Eine andere Sicht der Dinge ist realitätsfremd. Und der Vorwurf der „unrechtmässigen Verwendung“ unter Hinweis auf eine Vereinbarung im Jahre 1980 über die Höhe der Entschädigung mit dem Vizepräsidenten des Stiftungsrates bringt nicht zum Ausdruck, worin die Pflichtwidrigkeit besteht. Wie bereits in meinem Hauptgutachten auf S. 19 aus der Sicht der ungetreuen Geschäftsbesorgung ausgeführt, ist überhaupt nicht selbstverständlich, dass jemand nur dann straflos bleibt, wenn er während 20 Jahren den nominal genau gleichen Lohn bekommt und weder ein Teuerungsausgleich noch eine sonstige Lohnanpassung stattfindet. Deshalb müsste beim Vorwurf, er habe mehr bezogen als seinerzeit abgemacht, zusätzlich dargelegt werden, worin die Pflichtverletzung gelegen habe. Verwiesen sei darauf, dass das Gericht im Urteil detailliert nach Gründen für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Bezüge, die über die Abmachung von 1980 hinausgehen, suchte. Gemäss Anklagegrundsatz dürfte aber das Gericht nur die von der Anklage behauptete Pflichtwidrigkeit überprüfen.

3.4. Veruntreuung im Anklagepunkt 3.2.?

Im Anklagepunkt 3.2. wird in der Anklageschrift gesagt, Dr. Zäch habe sich zu seiner unrechtmässigen Bereicherung über die Buchhaltung der Gönnervereinigung durch die anvertrauten Mittel der Stiftung zu deren Nachteil die Nebenkosten bezahlen lassen. Der Bezug dieser angeblichen „Fakten“ zu einer Veruntreuung geht an den Realitäten vorbei, weil die Bezahlung der Nebenkosten von der Gönnervereinigung gewollt war und Dr. Zäch die entsprechenden Mittel von der Gönnervereinigung nicht anvertraut wurden, damit er sie der Stiftung überweise, bzw. um sie in anderer als in der realisierten Weise zu verwenden.

Im Übrigen sei auf die Ausführungen unter Ziff. 3.2. verwiesen.

3.5. Veruntreuung im Anklagepunkt 3.3.?

In Bezug auf Anklagepunkt 3.3. wird Dr. Zäch in der Anklageschrift vorgeworfen, er habe die Inneneinrichtung der von ihm gemieteten Liegenschaft teilweise luxuriös ausbauen lassen, wofür er die Gönnervereinigung zu Lasten der flüssigen Mittel und zum Nachteil der Stiftung in der Absicht, sich unrechtmässig zu bereichern, entsprechende Kosten bezahlen liess. Auch hier ist die Konstruktion einer Veruntreuung völlig neben den Realitäten, weil es der Wille der Gönnervereinigung

war, diesen Ausbau vorzunehmen und die Gönnervereinigung diese Investitionen in ihr eigenes Eigentum vorgenommen hat. Es ist unerfindlich, warum die Staatsanwaltschaft hier annimmt, die Gönnervereinigung habe Dr. Zäch die entsprechenden Mittel anvertraut, damit er sie der Stiftung überweise, bzw. um sie in anderer als der realisierten Weise zu verwenden.

Nochmals sei auf die allgemeinen Ausführungen zum Verhältnis der Veruntreuung zur ungetreuen Geschäftsbesorgung unter Ziff. 3.2. verwiesen.

3.6. Schlussbemerkung: Fehlender Vorhalt der behaupteten Delikte

Was die Umschreibung und die rechtliche Qualifikation der Dr. Zäch vorgeworfenen angeblich strafbaren Handlungen anbetrifft, wurde in meinem Gutachten wie bereits erwähnt, argumentiert, nach der einschlägigen Literatur trage der Anklagegrundsatz neben dessen Umgrenzungsfunktion, die dazu führt, dass das Gericht an die Anklageschrift gebunden ist, dem Anspruch des Angeklagten auf Information bzw. auf rechtliches Gehör Rechnung, indem der Beschuldigte erfahre, was das Thema der gerichtlichen Hauptverhandlung sei. Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung verlange, dass die angeklagte Person rasch und umfassend sowohl über die genauen tatsächlichen Vorwürfe, die der Anklage zugrunde liegen, als auch über deren (einstweilige) juristische Qualifikation informiert werde (Gutachten, S. 2 f.).

Dieses zuletzt erwähnte aus dem Anklagegrundsatz ableitbare Gebot wurde, wie bereits ausgeführt, während des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens weder in der Untersuchung, noch in der Anklageschrift, noch in der Hauptverhandlung befolgt, völlig unbeschrieben von der von der Staatsanwaltschaft jetzt in die Diskussion gebrachten Kontroverse, ob Veruntreuung oder ungetreue Geschäftsbesorgung vorliegt. Dazu sei auf folgende Details verwiesen.

- Eine rechtsstaatlich korrekte Strafuntersuchung setzt voraus, dass in Bezug auf die einzelnen Deliktswürfe eine Eröffnungsverfügung oder zumindest ein entsprechender Vorhalt erfolgt, die sich auf bestimmte Straftatbestände bezieht. Zur Eröffnungsverfügung ein Literaturbeispiel: „Gegen Hans Meier, Eisenhändler, Oensingen, Dorfstrasse 46, wird eine Voruntersuchung wegen Diebstahls eröffnet, begangen durch Wegnahme einer goldenen Armbanduhr zum Nachteil des Gottfried Steiner am 30. Juni 1976 nachmittags im Geschäft des Gottfried Steiner, Oensingen, Bündtengasse“ (zit. nach P. Reinhart, Die Befragung des Beschuldigten im Strafprozess, Diss. Bern 1998, S. 96). Aus diesem Grund habe ich – auch im Hinblick auf die Frage, ob die Verjährung unterbrochen wurde – Frau Dr. Delnon gebeten, mir die betreffenden Eröffnungsbeschlüsse (oder Vorhalte) im Fall Zäch zu übermitteln. Sie ist bis heute nicht fündig geworden.
- Die Tatsache, dass eine Untersuchung wegen eines oder mehrerer bestimmter Delikte eröffnet worden ist, könnte sich, wie angetönt, auch aus den Befragungsprotokollen ergeben, wenn dem Beschuldigten gesagt wird, es sei wegen einer bestimmten Verhaltensweise (z.B. eines Messerstichs in den Körper der Person A.) eine Untersuchung wegen eines bestimmten Delikts (z.B. wegen vorsätzlicher Körperverletzung) eröffnet worden. Ich habe in diesem Zusammenhang sämtliche Einvernahmeprotokolle durchgelesen, insgesamt

172 Protokollseiten. In allen diesen Seiten ist nie von einem bestimmten Delikt, einem bestimmten Straftatbestand die Rede. Zäch wurde zwar mitgeteilt, dass er Angeschuldigter sei, aber nicht wegen welchem Delikt. Aus den Einvernahmen ist lediglich ab und zu der allgemeine Vorwurf ersichtlich, Zäch habe Spendengelder nicht zweckbestimmt für Paraplegiker verwendet (vgl. dazu auch unten Ziff. 4.2.). Mit einer solchen Behauptung wird aber nicht auf ein bestimmtes Delikt Bezug genommen. Sie entspricht nicht den Kriterien einer dem verfassungsmässig garantierten Informationsanspruch genügenden Deliktumschreibung, abgesehen davon, dass eine Veruntreuung gegen A. nicht das gleiche Delikt wie eine Veruntreuung gegenüber B. darstellt (vgl. dazu unten Ziff. 4.3. und 4.6.).

- Wie bereits in meinem Gutachten (S. 8 ff., 19 f.) erwähnt, wird man diesbezüglich auch nicht in der Anklageschrift fündig. Man erfährt einzig, dass Zäch wegen mehrfacher Veruntreuung und mehrfacher ungetreuer Geschäftsbesorgung angeklagt sei. In der Folge findet man aber keine irgendwie geartete deliktsbezogene Präzisierung. Dies bezieht sich sowohl auf die Einführung, d.h. den allgemeinen Teil der Anklageschrift, als auch auf die einzelnen Anklagepunkte, bei denen eine Umschreibung der einschlägigen Tatbestandsmerkmale fehlt und auch nicht präzisiert wird, welche Tatbestandsvariante von Art. 138 bzw. 158 StGB nach Meinung der Staatsanwaltschaft jeweils erfüllt sein soll.
- Auch im Protokoll der Hauptverhandlung wird man nicht fündig. Man diskutierte gemäss diesem Protokoll über Fakten. Ein Bezug zu einem irgendwie gearteten Straftatbestand ist nicht ersichtlich. Zu einem rechtsstaatlich korrekten Verfahren gehört, dass man den Beschuldigten in der Befragung zur Sache an der Hauptverhandlung deliktsbezogen befragt.

Diese Vorgehensweise widerspricht dem erwähnten aus Art. 32 Abs. 2 der Bundesverfassung ableitbaren Gebot, den Angeklagten rasch und umfassend über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu informieren, ein Gebot, dem in der Gerichtspraxis durch Verfügungen über die Eröffnung einer Untersuchung und/oder durch Vorhalte bei Befragungen in der Untersuchung und in der Hauptverhandlung sowie in einer mit dem Anklagegrundsatz konformen Anklageschrift Rechnung getragen wird. In Basel geschah all dies nicht. Auch insofern wurde der Anklagegrundsatz schwerwiegend verletzt.

4. Verletzung des Anklagegrundsatzes in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft gegen gerichtliche Freisprüche appelliert

4.1. Allgemeines

Die Staatsanwaltschaft verlangt in ihrer Eingabe vom 7.5.2004 in den Anklagepunkten 10 und 12 einen Schuldspruch wegen Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB (eventualiter wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB).

Auch bei diesen Anträgen tritt das juristische Defizit, durch das sich die Leistungen der Basler Staatsanwaltschaft im Fall Zäch auszeichnet, klar zutage.

4.2. „Zweckwidrige Verwendung von Spendegeldern“

Die Staatsanwaltschaft beantragt in ihrer Eingabe vom 7.5.2004 die Verurteilung des Appellanten wegen zweckwidriger Verwendung von Geldern zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli bzw. zum Nachteil der Avina Stiftung. Die „zweckwidrige Verwendung von Spendegeldern“ ist die typische Umschreibung des nach Meinung der Staatsanwaltschaft strafbaren Verhaltens von Dr. Zäch. Namentlich auch in den Einvernahmen in der Voruntersuchung wurde dies Dr. Zäch verschiedentlich vorgehalten (vgl. vorne Ziff. 3.6.).

Dies ist jedoch keine genügende Umschreibung eines strafbaren Verhaltens. Wie in meinem früheren Gutachten erwähnt, sagen die einschlägigen Vorschriften sowie Literatur und Judikatur mit nicht zu überbietender Deutlichkeit, der Tathergang müsse in einer Weise dargestellt werden, die alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der nach Auffassung der Anklage erfüllten Straftatbestände erfasst. Ich verwies auf Beispiele von Niklaus Schmid über die Erfordernisse bei der Darstellung eines Diebstahls oder eines Betrugs in einer Anklageschrift (Gutachten S. 6 und 16).

Das hatte denn auch zur Folge, dass, wie in der Eingabe von Frau Dr. Delnon vom 31.8.2004, S. 6 erwähnt, bei Durchsicht der Anklageschrift bei jedem Sachverhalt acht verschiedene Delikte zu prüfen gewesen wären, nämlich:

- Veruntreuung zum Nachteil der Stiftung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB,
- Veruntreuung zum Nachteil der GöV gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB,
- qualifizierte Veruntreuung zum Nachteil der Stiftung gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB (berufsmässiger Vermögensverwalter),
- qualifizierte Veruntreuung zum Nachteil der Stiftung gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB (berufsmässiger Vermögensverwalter),
- ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB zum Nachteil der Stiftung,
- ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB zum Nachteil der GöV,
- ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zum Nachteil der Stiftung,
- ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB zum Nachteil der GöV.

4.3. Neue in der Anklageschrift nicht erwähnte Deliktswürfe

Neu werden in der Eingabe der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 7.5.2004 in der Anklageschrift nicht auffindbare Delikte angesprochen, eine mögliche Veruntreuung zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli und der Avina Stiftung.

Zu diesem Vorgehen ist ein weiteres Mal zu bemerken, dass es nicht angeht, in einem Appellationsverfahren die Verurteilung wegen neuer Delikte zu beantragen, die in der Anklageschrift nicht aufgeführt sind. Auch die Basler StPO erklärt in § 24 Abs. 2, die Beurteilung erstrecke sich ausschliesslich auf jene Personen und Sachverhalte, welche in der Anklage genannt sind, und § 127 führt aus, Gegenstand des Strafurteils sei die in der Anklageschrift geschilderte Tat.

Dass in der Anklage nicht das Ehepaar Sprüngli oder die Avina Stiftung als geschädigt und damit als Veruntreuungsoffer angesehen wurde, ergibt sich u.a. aus den folgenden vier Fakten:

- Wie bereits unter Ziff. 3.1. erwähnt ist gemäss Anklageschrift B. (Die einzelnen strafbaren Handlungen), dem Vorspann zu den 12 Anklagepunkten, explizit die „Stiftung“ und nur die „Stiftung“ als Geschädigte aufgeführt. Und unter „Stiftung“ versteht die Anklageschrift die „wirtschaftliche Einheit von Stiftung und Gönnervereinigung“, was sowohl in meinem Gutachten (S. 11 ff.) wie auch in den Eingaben von Frau Dr. Delnon als unzulässige Umschreibung der geschädigten Person betrachtet wird.
- In der Anklageschrift wird Dr. Zäch im Anklagepunkt 10 vorgehalten, es seien auf sein privates Konto bei der UBS AG in Basel mehrfach Spenden *zugunsten der Stiftung oder des Paraplegikerzentrums* einbezahlt worden. Er habe die Spenden, „anstatt sie an die Berechtigten weiterzuleiten, für die Erfüllung eigener Verbindlichkeiten verbraucht“. Berechtigter und Geschädigter ist damit nach Meinung der Staatsanwaltschaft die Stiftung (oder das Paraplegikerzentrum), was in Tat und Wahrheit im Fall Sprüngli nicht stimmt. Dennoch wird nicht das Ehepaar Sprüngli sondern die Stiftung (oder das Paraplegikerzentrum) als geschädigt dargestellt.
- In der Anklageschrift wird im Ingress unter B (Die einzelnen strafbaren Handlungen) behauptet, der Angeklagte habe in der Zeit von 1990 bis 1999 die Stiftung im Betrag von Fr. 61'868'841 Franken geschädigt.

Die Schadensposten setzen sich wie folgt zusammen:

Anklagepunkt	1	Fr.	1'502'489.30
	2		739'040.-
	3		1'058'422.-
	4		17'792'426.-
	5		29'126'860.-
	6		530'000.-
	7		200'000.-
	8		1'977'188.70
	9		700'000.-
	10		238'735.-
	11		7'704'680.-
	12		<u>300'000.-</u>
			61'868'841.-
			=====

Auch daraus ist ersichtlich, dass die Staatsanwaltschaft in den Anklagepunkten 10 und 12 die Paraplegiker-Stiftung als Geschädigte ansieht und nicht das Ehepaar Sprüngli oder die Avina Stiftung.

- Sowohl in ihrem Plädoyer wie auch in der Eingabe vom 7.5.2004 III. Ziff. 1 beantragt die Staatsanwaltschaft in den Anklagepunkten 10 (Ehepaar Sprüngli) und 12 (Avina Stiftung) Verurteilung wegen Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 und eventualiter wegen Art. 158 Absatz 1 und 3 StGB. Ein solcher Eventualantrag macht nur Sinn, wenn die gleiche Person bzw. Institution geschädigt ist. Da die Staatsanwaltschaft im Ernst wohl nicht der Meinung sein kann, Dr. Zäch sei Geschäftsführer des Ehepaars Sprüngli oder der Avina Stiftung gewesen, kann es sich beim Geschädigten aus der Sicht der Anklageschrift nur um die Stiftung SPS handeln. Eine Alternativanklage, wonach Dr. Zäch entweder eine Veruntreuung zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli bzw. der Avina Stiftung oder eine ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil der Stiftung SPS gemacht hat, lässt sich von der Faktenlage her nicht vertreten.

Es fällt in diesem Zusammenhang auf, dass die Staatsanwaltschaft offenbar die Widersprüchlichkeit einer solchen Antragsstellung selber erkannt hat, da sie in ihrer Eingabe vom 7.5.2004 unter III Ziff. 2 und 3 verschämt nur noch einen Schuldspruch wegen Veruntreuung zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli bzw. der Avina Stiftung fordert und den Eventualantrag verschweigt. Massgebend kann aber nicht eine solche nachträgliche Umfunktionierung sein, sondern es ist von der Anklageschrift auszugehen, in der das Ehepaar Sprüngli und die Avina Stiftung nie als Geschädigte aufgeführt wurden.

4.4. *Eingeständnis des Strafgerichts*

Dass in den beiden Anklagepunkten in der Anklageschrift die „Stiftung“ und nicht die Spender als Geschädigte bezeichnet wurden, hat auch die Vorinstanz wenigstens in Bezug auf Anklagepunkt 12 festgestellt. Dabei hat das Gericht kurzerhand eigenmächtig eine „Korrektur“ der Anklageschrift vorgenommen. Es meinte, geschädigt seien weder die Stiftung noch die Gönnervereinigung. Weil diese beiden Institutionen mit diesem Anklagepunkt nicht das Geringste zu hätten, könne Geschädigte allein die Avina Stiftung sein (Urteil S. 79). Ich habe bereits in meinem Gutachten (S. 10) darauf hingewiesen, dass dies wegen der Bindung des Richters an die Anklage nicht zulässig ist. Eine solche Korrektur widerspreche dem Anklagegrundsatz. Denn wenn in der Anklageschrift ein anderer Geschädigter angegeben werde als im Urteil, liege nicht mehr die eingeklagte, sondern eine andere Straftat vor.

4.5. *Pflicht zur Nennung des Geschädigten*

Ich habe in meinem Gutachten ferner dargelegt, dass gemäss Literatur und Judikatur, die sich mit dieser Frage befassen, in einer Anklageschrift auch der Geschädigte genannt werden muss, jedenfalls dann, wenn sein Name zur genauen Umschreibung und Individualisierbarkeit der vorgeworfenen Handlung notwendig ist (Gutachten S. 13). Nicht nur ist ein Vermögensdelikt zum Nachteil der Gönnervereinigung ein anderes Delikt als ein Vermögensdelikt zum Nachteil der Stiftung

SPS (Gutachten S. 13), erst recht ist ein Vermögensdelikt zum Nachteil von Stiftung SPS oder Gönnervereinigung ein anderes Delikt als ein Vermögensdelikt zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli oder der Avina Stiftung.

4.6. Verbot eines „Geschädigtenaustausches“

Dass ein auf einen bestimmten Geschädigten bezogener Deliktsvorwurf wegen der Bindung des Gerichts an die Anklage nicht einfach auf eine andere in der Anklageschrift nicht als deliktsgeschädigt bezeichnete Person „umgepoolt“ oder ausgedehnt werden kann, wie dies die Anklage mit ihren Anträgen möchte, hat jüngst das Neuenburger Kassationsgericht in einem Entscheid vom 7.6.2001 (zitiert in Rechtsprechung in Strafsachen 2004, Nr. 565) festgestellt. Es sagte: „Wenn ein Überweisungsbeschluss die Anschuldigung ausdrücklich auf versuchte schwere/leichte Körperverletzung zum Nachteil eines bestimmten Opfers eines gegen mehrere Personen gerichteten Angriffs beschränkt, kann der Beschuldigte nicht ohne weiteres wegen derselben Widerhandlung gegenüber zwei anderen Opfern verurteilt werden. ... Eine Ausdehnung der Anschuldigung erscheint daher geboten, wenn das Gericht den Vorwurf der Körperverletzung auch für die zum Nachteil der beiden anderen Opfer begangenen Handlungen berücksichtigen soll. Es geht vorliegendenfalls um die Gewährleistung der an das Anklageprinzip geknüpften Rechte, die auf Eingrenzung des Verfahrensgegenstandes und Schutz der Verteidigungsrechte abzielen.“ Wie bereits erwähnt, erklärt die Basler StPO in § 24 Abs. 2 ausdrücklich, die Beurteilung erstrecke sich ausschliesslich auf jene Personen und jene Sachverhalte, welche in der Anklage genannt werden. Ein strafbares Verhalten gegenüber einer anderen Person wäre ein anderes Delikt als das in der Anklage genannte. Eine wie immer auch geartete Ausdehnung des vorliegenden Verfahrens auf neue Delikte und neue Geschädigte wäre im Appellationsverfahren nicht mehr möglich (vgl. unten Ziff. 5).

4.7. Fehlende Vorhalte

Abschliessend sei noch erwähnt, dass Dr. Zäch auch in Bezug auf diese Anklagepunkte im ganzen Verfahren weder in der Untersuchung noch in der Anklageschrift, noch gemäss Protokoll der Hauptverhandlung, noch im Plädoyer der Staatsanwältin je ein Vorhalt gemacht wurde, er habe ein Vermögensdelikt *zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli oder der Avina Stiftung* begangen. Was die Untersuchung anbetrifft, sei auf das Einvernahmeprotokoll vom 30. Mai 2002 (Akten S. 1699) hingewiesen, das sich mit der Spende Sprüngli, einer anonymen Spende und der Spende Myrtha Hoehn befasst und wo folgendes steht:

„Vorhalt:

Sie haben auf Ihr privates Konto Spenden erhalten und zwar folgende:

Valuta 5.06.1992 „Anonyme Spende“ in der Höhe von CHF. 118'735.-

Valuta 17.07.1992 von †Myrtha Hoehn in Höhe von CHF. 20'000.-

Valuta 23.12. und 29.12.1997 je CHF. 50'000.- vom Ehepaar Sprüngli, total CHF 100'000.-

Diese Spenden in Totalhöhe von CHF 238'735.- hätten Sie umgehend der SPS/ dem SPZ oder der GÖV zukommen lassen müssen, denn die Spender identifizieren Sie doch mit diesen Institutionen.“

Ein solcher Vorhalt genügt nicht als Vorwurf, Dr. Zäch habe eine Veruntreuung zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli bzw. von Myrtha Hoehn oder einem anonymen Spender begangen. Wie vorne unter Ziff. 2 erwähnt, müssen dem Beschuldigten „die genauen tatsächlichen Vorwürfe, die der Anklage zugrunde liegen, und die einstweilige juristische Qualifikation“ bekannt gegeben werden. Es geht um eine „ausdrückliche Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts der Beschuldigungen“, um die „genaue Umschreibung der Beschuldigung sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Beziehung.“ Im Fall Sprüngli und Avina wurde im Verfahren gegen Dr. Zäch diesen Geboten bei weitem nicht Rechnung getragen. Auch aus dieser Sicht wäre der Anklagegrundsatz verletzt, wenn Dr. Zäch wegen eines Delikts zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli oder der Avina Stiftung verurteilt werden sollte.

Ergänzend sei schliesslich noch auf die mangelhafte Begründung des Antrags auf Verurteilung von Dr. Zäch wegen Veruntreuung i.S. Sprüngli in der Eingabe der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 7.5.2004, S. 4 ff., hingewiesen. Abgesehen davon, dass diese nachträgliche Begründung die Nichterwähnung dieses behaupteten Delikts (Veruntreuung zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli) in der Anklageschrift nicht kompensiert, geht die Staatsanwaltschaft davon aus, es müsse jederzeit Ersatzfähigkeit an den anvertrauten Geldern bestehen. In Tat und Wahrheit hängt dies vom konkreten Einzelfall ab. Die Staatsanwaltschaft geht heute entgegen dem, was sie selber in der Anklageschrift behauptet hat, davon aus, die Spender hätten das Geld nicht direkt der Schweizer Paraplegiker-Stiftung oder dem Schweizer Paraplegiker-Zentrum AG zukommen lassen wollen, sondern es habe bloss die Meinung bestanden, dass Dr. Zäch das Geld ihrem Willen gemäss „für die Sache der Paraplegiker“ einsetzen sollte. Gemäss Literatur und Praxis ist, was den Zeitpunkt bzw. die Dauer der Ersatzbereitschaft bzw. die Ersatzfähigkeit anbetrifft, die Vereinbarung massgebend. Ergibt sich aus der Vereinbarung, dass der Täter jederzeit bereit sein muss, dem Treugeber das Anvertraute herauszugeben, so muss dieser auch jederzeit ersatzbereit sein. Muss der Täter hingegen das Anvertraute nicht jederzeit zur Verfügung des Berechtigten halten, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit i.S. des Auftrags verwenden, muss er erst auf diesen Zeitpunkt und nicht auch schon in der Zwischenzeit ersatzfähig sein (vgl. Niggli/Riedo, Basler Kommentar Art. 138 N 112). Wenn deshalb Zeit verstrich, bis er dieses Legat sinnvoll i.S. des Willens der Spender einsetzte, war dieses Verhalten jedenfalls nicht abredewidrig. Denn es liegen keine Belege vor, die aufzeigen, dass das Ehepaar Sprüngli irgend eine Frist für die Verwendung der Spende setzte. Es ist deshalb auch müssig, weiter zu untersuchen, ob Dr. Zäch in dieser Zeit ersatzfähig gewesen war, wie er dies geltend macht. So oder so: Die heute vertretenen Thesen der Anklage in Bezug auf eine angebliche Veruntreuung zum Nachteil des Ehepaars Sprüngli findet man in der Anklageschrift nicht. Nicht einmal im Plädoyer argumentierte die Staatsanwaltschaft so wie jetzt. Analoges gilt für die behauptete Veruntreuung zum Nachteil der Avina Stiftung.

5. Nachtrag zur Frage der Möglichkeit der Behebung einer Verletzung des Anklagegrundsatzes im Berufungsverfahren

In Bezug auf die Frage, ob bei einer Beeinträchtigung des Anklagegrundsatzes Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens im Berufungsverfahren geheilt werden können, habe ich bereits in meinem Gutachten unter V., letzter Absatz, unter Hinweis auf Hauser/Schweri, § 50 N 7a, ausgeführt, dass im Rechtsmittelverfahren Mängel in der Anklageschrift nur ausnahmsweise und nur bei geringfügigen Unzulänglichkeiten geheilt werden können.

Zu dieser Frage hat der **Kassationshof des Bundesgerichts in einem Entscheid vom 3.3.2000 i.S. I. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und Appellationsgericht (Ausschuss) des Kantons Basel-Stadt (6P.132/1999 und 6S.488/1999)** Stellung genommen. Der Entscheid befasst sich zunächst mit einer staatsrechtlichen Beschwerde und dann mit einer eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde in einem Rassendiskriminierungsfall. Zwei Passagen mit strafbarem Inhalt waren in der Anklageschrift nicht ausdrücklich erwähnt, wurden aber von der Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung verlesen. Das Bundesgericht stellte, wie bereits erwähnt (vgl. vorne Ziff. 2), mit Befriedigung fest, dass die Vorinstanz (das Appellationsgericht Basel-Stadt) zu Recht gesagt habe, der Anklageschrift komme neben der Informationsfunktion auch eine Umgrenzungsfunktion zu, welche die strikte Trennung zwischen richterlicher und anklagender Aufgabe garantiere. Dieses Prinzip der Gewaltentrennung werde verletzt, wenn die Anklageschrift die Tatbestandsmässigkeit eines Verhaltens, hier den rassendiskriminierenden Inhalt verschiedener Artikel, nicht so konkret wie möglich bezeichne, sondern den Entscheid hierüber letztlich dem Gericht überlasse (Urteil S. 9).

Von grossem Interesse sind die weiteren Ausführungen des Bundesgerichts in diesem Entscheid zur Frage, ob der festgestellte Verfahrensfehler im Berufungsverfahren „geheilt“ worden sei, weil der Beschwerdeführer bis dahin ausreichend Zeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung hatte. Auf S. 14 f. dieses Urteils unter Erw. 3 lit. e aa. erklärte das Bundesgericht, die Frage, ob ein Verfahrensfehler im Allgemeinen und die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Besonderen im Rechtsmittelverfahren „geheilt“ werden könnten, sei umstritten. Die Praxis sei relativ grosszügig, die Lehre überwiegend kritisch (es folgt der Hinweis auf einen Aufsatz von Lorenz Kneubühler im Zentralblatt 1998, S. 97 ff., 107 ff. und auf eine Notiz von Marc Forster in der ZBJV 1999, S. 376 f. zu einem nicht amtlich publizierten **Bundesgerichtsentscheid vom 4.5.1999 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Bezirksgericht Gossau und Kantonsgericht, Strafkammer, St. Gallen, 1P.561/1998**). In diesem Basler Fall stellte das Bundesgericht fest, dass im erstinstanzlichen Verfahren in Bezug auf eine der in der Anklageschrift nicht enthaltenen Textpassagen der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs mangels genügender Verteidigungsmöglichkeiten verletzt worden sei. Dieser Mangel wiege verhältnismässig schwer und könne daher im Appellationsverfahren nicht „geheilt“ werden. Die staatsrechtliche Beschwerde wurde in diesem Punkt gutgeheissen.

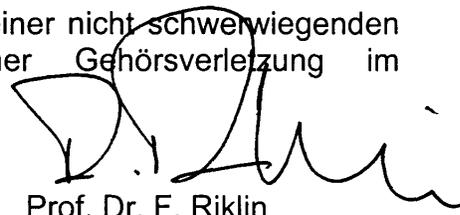
Im erwähnten von Forster rezensierten St. Galler Entscheid wird u.a. ausgeführt, eine „Heilung“ dürfte nur ausnahmsweise bei relativ geringfügigen Verfahrensmängeln erfolgen. Je schwerwiegender die Verletzung der Parteirechte

sei und je bedeutender die betroffenen Rechtspositionen, desto strengere Anforderungen seien diesbezüglich zu erfüllen (Erw. 5a). Sofern die kantonale Strafprozessordnung eine zweistufige richterliche Überprüfung mit voller Kognition vorsehe, müssten die wesentlichen Verfahrensvorschriften grundsätzlich von beiden Instanzen eingehalten werden.

Aus diesem St. Galler Entscheid ist ferner ersichtlich, dass aus Gründen der Zweckmässigkeit und der Prozessökonomie ein negativer Zwischenentscheid der kantonalen Appellationsinstanz über ein Gesuch um Rückweisung der Strafsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz wegen gravierender Verfahrensfehler mit der staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden kann. U.a. ging es um die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Das Bundesgericht führte aus, der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör sei formeller Natur. Seine Verletzung führe – ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst – in der Regel zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (E. 4a).

Neben den bereits oben zitierten weiteren Passagen, wonach eine Heilung vor zweiter Instanz nur ausnahmsweise bei relativ geringfügigen Verfahrensmängeln erfolgen könne, befasste sich das Bundesgericht im St. Galler Fall auch mit der Frage eines **Anspruchs auf eine zweistufige richterliche Prüfung** (E. 4b). Aus der Verfassung und der EMRK lasse sich zwar kein solcher Anspruch ableiten. „Ist jedoch eine solche im kantonalen Verfahrensrecht vorgesehen, müssen beide Verfahren justizförmig ablaufen.“ Insofern bestehe eine gesetzliche Rechtsweggarantie bzw. ein Anspruch auf Justizförmigkeit des Verfahrens (E. 5c).

Ein solcher Anspruch besteht ganz eindeutig auch im Basler Strafprozessrecht. Gemäss § 8 StPO amten Einzelrichter, Dreiergericht und Strafgericht als erste Instanz. Es besteht keine erstinstanzliche Zuständigkeit des Appellationsgerichts. Dieses entscheidet gemäss § 9 über Beschwerden und Appellationen. § 24 Abs. 2 enthält wie schon mehrfach erwähnt den Anklagegrundsatz. § 112 StPO führt aus, dass die Anklageschrift die wesentlichen Umstände, unter denen die Handlungen begangen worden sind, mit möglichst genauer Bezeichnung von Zeit und Ort enthalten muss. § 117 befasst sich mit Heilungsmöglichkeiten im erstinstanzlichen Verfahren. Die Akten können zur Ergänzung der Anklage an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen werden. Bei Verdacht weiterer Delikte ist entweder eine Rückweisung oder u.U. eine Ergänzung der Anklageschrift möglich. § 127 befasst sich mit dem Unmittelbarkeitsprinzip. Nur aufgrund der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise darf ein Urteil gefällt werden. Gegenstand des Strafurteils ist die in der Anklageschrift geschilderte Tat. § 173 erklärt die Appellation als zulässig gegen Urteile und Einstellungsbeschlüsse der ersten Instanz (ausser gemäss § 175 im Fall geringfügiger Sanktionen). Selbst gegen inappellable Urteile können die Parteien wegen wesentlicher Verfahrensmängel, die für die Betroffenen einen Rechtsnachteil zur Folge gehabt haben, Beschwerde einlegen (§ 186). Im Ergebnis ist die Situation im Kanton Basel-Stadt nicht anders als in St. Gallen. Es besteht eine gesetzliche Rechtsweggarantie und es ist, ausser bei einer nicht schwerwiegenden Verletzung der Parteirechte, eine Heilung einer Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren nicht möglich.



Prof. Dr. F. Riklin