

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

SK 17 351

Bern, 30. November 2017

Besetzung

Oberrichter Zihlmann (Präsident i.V.),
Oberrichterin Hubschmid, Oberrichter Vicari
Gerichtsschreiberin Volkmandt

Verfahrensbeteiligte

A._____
vertreten durch Rechtsanwalt B._____

Gesuchsteller

gegen

Oberrichterin C._____

Gesuchsgegnerin



Gegenstand

Ausstandsgesuch Rechtsanwalt B._____ vom 25. August
2017 gegen Oberrichterin C._____ im Verfahren BK 17 344

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 25. August 2017 reichte Rechtsanwalt B. _____ namens von A. _____ (nachfolgend: Gesuchsteller) ein Ausstandsgesuch gegen Oberrichterin C. _____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ein. Er beantragte, die Gesuchsgegnerin habe im Verfahren BK 17 344 sofort in den Ausstand zu treten, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (pag. 1 ff.).

Zur Begründung führte er insbesondere aus, dass trotz des derzeitigen Widerrufs der amtlichen Verteidigung mit Verfügung vom 21. August 2017 im Verfahren PEN 17 235 das Mandat mit dem Gesuchsteller derzeit als private Wahlverteidigung fortbestehe (pag. 7). In der Verfügung vom 24. August 2017 im Verfahren BK 17 344 fordere die Gesuchsgegnerin den privaten Rechtsvertreter des Gesuchstellers auf, eine gültige Vollmacht einzureichen. Das Verfahren erscheine jetzt nicht mehr als offen. Diese Aufforderung lasse die Vermutung aufkommen, dass die Gesuchsgegnerin das Vorgetragene im Ausstandsgesuch vom 23. August 2017 nicht zur Kenntnis genommen habe und sich bereits eine feste Meinung über den Verfahrensausgang gebildet habe (pag. 5). Da jedoch eine private Wahlverteidigung fortbestehe und die Vollmacht vom 31. Oktober 2014 auch zur Einlegung von Rechtsmitteln im Strafverfahren PEN 17 235 berechtige, sei die Aufforderung eine gültige Vollmacht einzureichen unzulässig (pag. 7 f.).

2. Mit Verfügung vom 29. August 2017 wurde der Gesuchsgegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (pag. 17 f.). Diese nahm sie mit Eingabe vom 4. September 2017 wahr. Die Gesuchsgegnerin führte aus, dass es sich bei der Verfügung vom 24. August 2017 um eine verfahrensleitende Verfügung handle. Selbst wenn diese rechtsfehlerhaft wäre, vermöge sie per se keinen Ausstandsgrund zu begründen. Die Vollmacht habe sie als Verfahrensleiterin eingefordert, da bei einer ersten Überprüfung des Gesuchs festgestellt worden sei, dass erstens kein Beleg für die angeblich private Rechtsvertretung beigelegt worden sei, und sich zweitens die Vertrauenssituation gestützt auf die Ausführungen im Gesuch unklar präsentiert habe. Letzteres habe sich aus dem Rubrum («derzeit privat vertreten») sowie aus dem vom Gesuchsteller dargelegten Umstand, wonach seinem Rechtsvertreter das amtliche Mandat aufgrund einer Interessenkollision entzogen worden sei, ergeben. Das Misstrauen in die Unbefangenheit ihrer Person sei unbegründet. Der blosser Umstand, dass zur Nachreichung einer Vollmacht aufgefordert worden sei, stelle weder eine unsachliche Verhandlungsführung dar, noch liessen sich darin – im Sinne der angerufenen Generalklausel – sonstige Gründe erblicken, welche den Ausgang des Verfahrens als nicht mehr offen erscheinen liessen (pag. 23).
3. Am 5. September 2017 stellte der Verfahrensleiter die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller zu und gewährte ihm Gelegenheit, eine Replik einzureichen (pag. 25 f.). Am 9. Oktober 2017 reichte der Gesuchsteller eine Replik ein und nahm darin Bezug auf ein von der Gesuchsgegnerin am 3. Oktober 2017 in einem anderen Verfahren verfassten Schreiben, wonach es keine „Excel-Tabelle“ für die Zuteilung von Gerichtspersonen gebe. Vielmehr würde die Gesuchsgegnerin als Präsidentin grundsätzlich an jedem Entscheid beteiligt sein und sodann jeweils die mitwirkenden Richter persönlich auswählen. Für die Zuteilung der Gesuchstel-

lerin gebe es keine gesetzliche Grundlage. Dies verstosse schon für sich gegen Art. 6 EMRK in seiner Ausprägung als Anspruch auf einen „gesetzlichen Richter“. Das Gericht bzw. die Besetzung im Verfahren BK 17 344 werde deshalb auch aus diesem Grund wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt (pag. 42 f.).

4. Zu den Ausführungen der Gesuchsgegnerin, wonach die Verfügung vom 24. August 2017 eine verfahrensleitende Verfügung sei und per se keinen Ausstandsgrund zu begründen vermöge, brachte der Gesuchsteller vor, dies sei rechtsfehlerhaft. Art. 56 StPO zähle verschiedene Gründe auf, die zum Ausstand von in einer Strafbehörde tätigen Person führen. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters werde verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen würden, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Diese Gegebenheiten seien zu bejahen, auch wenn es sich „nur“ um eine verfahrensleitende Verfügung handle. Wie bereits im Ausstandsgesuch geltend gemacht, seien entsprechende Tatsachen bereits ersichtlich gewesen, welche die Besorgnis der Befangenheit begründen würden. So hätte der Gesuchsteller bereits im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, dass ein Entzug des privaten Mandats gesetzlich gar nicht möglich sei. Gleichwohl habe die Gesuchsgegnerin eine (neue) Vollmacht eingefordert. Die Gesuchsgegnerin habe folglich den Eindruck hinterlassen, das Vorbringen aus der Beschwerde entweder nicht zur Kenntnis genommen, oder dieses Vorbringen nicht weiter beachtet zu haben. Dies sei nicht nur eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, sondern auch bereits eine Gegebenheit, welche in Verbindung mit der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin die Besorgnis begründen würde, die Sache sei nicht mehr offen (pag. 43). Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der Stellungnahme zwar von einer «angebliche private Rechtsvertretung» geschrieben werde, dagegen von einem «Entzug des amtlichen Mandats wegen Interessenkollision». In Bezug auf die Interessenkollision gehe die Gesuchsgegnerin nicht von «angeblich» aus. Die Wortwahl lasse Rückschlüsse darauf zu, dass sich die Gesuchsgegnerin bereits dahingehend festgelegt habe, dass eine Interessenskollision effektiv vorliegt (pag. 45).

Diese Eingabe wurde der Gesuchsgegnerin mit verfahrensleitender Verfügung vom 10. Oktober 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (pag. 61 f.).

5. Gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO entscheidet das Berufungsgericht, wenn die Beschwerdeinstanz von einem Ausstandsgesuch betroffen ist. Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen, so hat sie der Verfahrensleitung ohne Verzug ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat (Art. 58 Abs. 1 StPO).

Das fristgerecht eingereichte Ausstandsgesuch richtet sich gegen ein Mitglied der Beschwerdekammer in der Sache BK 17 344. Die Strafabteilung des Obergerichts des Kantons Bern ist zur Behandlung des Ausstandsgesuchs zuständig; auf das Ausstandsgesuch ist einzutreten.

6. Vorliegend widerrief Gerichtspräsident D. _____ im Verfahren PEN 17 235 dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers das amtliche Mandat per 21. August 2017. Am 23. August 2017 stellte der Gesuchsteller ein Ausstandsgesuch und beantragte,

dass die zuständigen Richter im Strafverfahren PEN 17 235 in den Ausstand treten. Darin führte der Gesuchsteller aus, dass sein Rechtsvertreter gehörig bevollmächtigt sei. Die aktenkundige Vollmacht sei seitens des Gesuchstellers nicht widerrufen worden, so dass das Mandat trotz des Widerrufs der amtlichen Verteidigung als private fortbestehe. Die Vollmacht berechtige auch zur Einlegung von Rechtsmitteln. Weiter schrieb er «Beweis: Anwaltsvollmacht, Vorakten».

7. Im Ausstandsverfahren gegen den Gerichtspräsidenten D._____ e.a. erliess die Gesuchsgegnerin am 24. August 2017 eine Verfügung und forderte einerseits das Regionalgericht Bern-Mittelland auf, der Beschwerdekammer eine Kopie des Protokolls der Hauptverhandlung vom 21. August 2017 in der Strafsache PEN 17 235 zukommen zu lassen, und andererseits Rechtsanwalt B._____, der Beschwerdekammer eine gültig unterzeichnete Vollmacht einzureichen, wonach ihn der Gesuchsteller mit der Wahrung seiner Interessen im Ausstandsverfahren vor der Beschwerdekammer betraut habe (vgl. Dossier BK 17 344).
8. Jede Person hat nach Art. 30 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Nach der Rechtsprechung werden Voreingenommenheit und Befangenheit angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters begründet sein. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (Urteil des Bundesgerichts BGer 1B_407/2011 vom 21. November 2011 E. 2.2). Die Ausstandsgründe sind in Art. 56 Bst. a bis f StPO aufgeführt. Das Ausstandsgesuch muss begründet und die geltend gemachten Gründe oder Umstände müssen glaubhaft gemacht werden. Dabei muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Anschein der Befangenheit sprechen (BOOG in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2. Auflage 2014, N 4 zu Art. 58).

Der Gesuchsteller ruft den Ausstandsgrund gemäss Art. 56 Bst. f StPO an. Diese Bestimmung zählt verschiedene Gründe auf, die zum Ausstand von in einer Strafbehörde tätigen Personen führen können. Nach Art. 56 lit. f StPO trifft dies namentlich aus anderen (als den in lit. a - e der gleichen Bestimmung genannten) Gründen zu, insbesondere wenn die in der Strafverfolgung tätige Person wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand befangen sein könnte. Art. 56 StPO konkretisiert die Verfassungsbestimmung von Art. 30 Abs. 1 BV. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.

Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Bei der Anwendung von Art. 56 lit. f StPO ist entscheidendes Kriterium, ob bei objektiver Betrachtungsweise der Ausgang des Verfahrens noch als offen erscheint. Wird der Ausstandsgrund aus materiellen oder prozessualen Rechtsfehlern abgeleitet, so sind diese nur wesentlich, wenn sie besonders krass sind und wiederholt auftreten, sodass sie einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zulasten einer der Prozessparteien auswirken; andernfalls begründen sie keinen hinreichenden Anschein der Befangenheit. Soweit konkrete Verfahrensfehler beanstandet werden, sind in erster Linie die entsprechenden Rechtsmittel zu ergreifen. Die Mehrfachbefassung mit derselben Angelegenheit, nicht zuletzt im Zusammenhang mit einem prozessualen Zwischenentscheid, genügt zur Annahme von Befangenheit ebenfalls nicht, solange das Verfahren noch als offen erscheint (Urteil 1B_24/2017 des Bundesgerichts vom 10. Mai 2017, E. 2.3).

Einleitend führte der Gesuchsteller in seinem Ausstandsgesuch im Verfahren BK 17 344 gegen den Gerichtspräsidenten D._____ e.a. aus, dass er mit aktenkundiger Vollmacht anzeige, dass ihn der Gesuchsteller mit der Wahrnehmung seiner Interessen in Sachen Ausstandsgesuch mit Zustellungsdomizil auf der Kanzlei seines Rechtsvertreters beauftragt habe. Die aktenkundige Vollmacht sei seitens des Gesuchstellers nicht widerrufen worden, so dass das Mandat trotz Widerruf der amtlichen Verteidigung als private Verteidigung fortbestehe. Die Vollmacht berechtige auch zur Einlegung von Rechtsmitteln (vgl. Dossier BK 17 344).

Die Gesuchsgegnerin führte in ihrer Stellungnahme aus, dass dem Gesuch keine Anwaltsvollmacht beigelegt worden sei und sich die Vertretungssituation gestützt auf die Ausführungen im Gesuch unklar präsentiert habe (pag. 23).

Anlass für das vorliegende Ausstandsgesuch bildet die Verfügung der Gesuchsgegnerin vom 24. August 2017 im Verfahren BK 17 344, worin einerseits das Regionalgericht Bern-Mittelland aufgefordert wurde, der Beschwerdekammer eine Kopie des Protokolls der Hauptverhandlung vom 21. August 2017 in der Strafsache PEN 17 235 zukommen zu lassen, und andererseits Rechtsanwalt B._____, eine gültig unterzeichnete Vollmacht einzureichen, wonach ihn der Gesuchsteller mit der Wahrung seiner Interessen im Ausstandsverfahren vor der Beschwerdekammer betraut habe.

Inwiefern das Verfahren durch diese Vorgehensweise als nicht mehr offen erscheint und sie die Vermutung aufkommen lässt, dass die Gesuchsgegnerin das Vorgetragene im Ausstandsgesuch vom 23. August 2017 nicht zur Kenntnis genommen und sich bereits eine feste Meinung über den Verfahrensausgang gebildet habe, ist nicht ersichtlich. Dieses Vorgehen stellt weder eine unsachliche Verhandlungsführung noch einen (krassen) Verfahrensfehler dar, so dass es als unzulässig zu qualifizieren wäre. Auch hat sich die Gesuchsgegnerin hierdurch nicht in einer Weise festgelegt, welche den Ausgang des Verfahrens BK 17 344 nicht mehr als offen erscheinen liesse. Für die Gesuchsgegnerin präsentierte sich die Situation als unklar, weshalb sie das Protokoll der Hauptverhandlung beim zuständigen Regionalgericht und eine Vollmacht bei Rechtsanwalt B._____ einforderte. In die-

ser Vorgehensweise kann keine Befangenheit der Gesuchsgegnerin erblickt werden.

Das Ausstandsgesuch erweist sich in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

9. Der Gesuchsteller rügt auch die Art und Weise der Besetzung des Spruchkörpers als Verletzung von Art. 6 EMRK. Das Bundesgericht sah davon ab, das Gebot des gesetzlichen Richters auch auf die Besetzung des Spruchkörpers im Einzelfall zu erstrecken (BGE 128 V 82 E. 2b; BGE 117 Ia 322 E. 1c; KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, S. 525). Nach dieser Rechtsprechung müssen weder die gerichtsinterne Geschäftsverteilung, noch die personelle Zusammensetzung des Spruchkörpers oder die Modalitäten des Beizugs von Ersatzrichtern generell-abstrakt normiert und damit im Voraus bestimmbar sein. Vielmehr genügen unter der Voraussetzung einer gewissen Regelmässigkeit sachliche Gründe für die Zuteilung (KIENER/KÄLIN, a.a.O., S. 525; ANDREAS MÜLLER, Rechtlicher Rahmen für die Geschäftslastbewirtschaftung in der schweizerischen Justiz, Diss. Bern 2016, S. 111). In BGE 105 Ia 172 E. 5b hielt das Bundesgericht fest, ein strenger Schematismus in der Besetzung der Richterbank und der Geschäftszuteilung entspreche nicht dem schweizerischen Rechtsempfinden: Zwar möge die blinde Zuteilung der Prozesse an die Spruchkörper und die Referenten einer theoretischen Vorstellung zur idealen Rechtsprechung entsprechen, jedoch stünden ihr praktische Nachteile gegenüber (vgl. dazu MEYER LORENZ/TSCHÜMPERLIN PAUL, Zusammensetzung des Spruchkörpers – Auswahl oder Automatisierung, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2012/1, Rz. 15 f.).

Die Richterinnen und Richter des Obergerichts werden vom Plenum ganz oder teilweise der Zivil- oder der Strafabteilung zugewiesen (Art. 38 Abs. 2 Bst. c i.V.m. Art. 35 Abs. 2 GSOG) und dort auf die Kammern bzw. Spruchkörper verteilt. Die Geschäftsverteilung ist in Art. 44 und Art. 45 GSOG geregelt. Wie diese gerichtsorganisatorischen Normen in der Beschwerdekammer konkret angewendet werden, wurde dem Rechtsbeistand des Gesuchstellers bereits mehrfach erklärt (vgl. Schreiben Oberrichterin C._____ vom 25. September und 3. Oktober 2017).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es, wenn die Liste der in Frage kommenden Gerichtspersonen in einer öffentlich zugänglichen Quelle wie dem Internet zur Verfügung steht. Ein Anspruch auf Bekanntgabe des Geschäftsverteilungsplans besteht nicht (Urteil des Bundesgerichts 5A_605/2013 vom 11. November 2013 E. 3.1 mit Hinweisen). Aus dem Staatskalender (www.justice.be.ch) ist ersichtlich, dass die Gesuchsgegnerin als Präsidentin der Beschwerdekammer fungiert. Die am Entscheid konkret mitwirkenden Mitglieder der Beschwerdekammer ergeben sich sodann aus dem Entscheid selber (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_605/2013 vom 11. November 2013 E. 3.1 mit Hinweisen).

Inwiefern die Besetzung des Spruchkörpers im vorliegenden Fall auf verfassungs- oder konventionswidrige Weise erfolgt sein soll, wird vom Gesuchsteller nicht hinreichend dargetan und ist auch nicht erkennbar. Das Ausstandsgesuch erweist sich somit auch diesbezüglich als offensichtlich unbegründet.

Weitere Gründe, welche vorliegend den Anschein der Befangenheit der Gesuchsgegnerin zu begründen vermöchten, sind keine ersichtlich. Eine unvoreingenommene Beurteilung im Verfahren BK 17 344 durch die Gesuchsgegnerin ist auch weiterhin gewährleistet.

10. Wird das Ausstandsgesuch abgewiesen oder war es offensichtlich verspätet oder mutwillig, so gehen die Kosten zu Lasten des Gesuchstellers (Art. 59 Abs. 4 StPO). Bei Säumnis und anderen fehlerhaften Verfahrenshandlungen kann die Strafbehörde Verfahrenskosten und Entschädigungen jedoch ungeachtet des Verfahrensausgangs der verfahrensbeteiligten Person auferlegen, die sie verursacht hat (Art. 417 StPO). Als verfahrensbeteiligte Person kann auch der Rechtsbeistand kosten- und entschädigungspflichtig werden. Nach der Rechtsprechung kann das Berufungsgericht dem Rechtsbeistand anstatt der unterliegenden Partei die Kosten auferlegen, wenn der Rechtsbeistand schon bei Beachtung elementarster Sorgfalt hätte feststellen können, dass das Rechtsmittel nicht zulässig ist, oder ein Säumnis zu verantworten hat (BGE 129 IV 206 E. 2. mit Hinweisen; DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 417 StPO mit weiteren Hinweisen).

Die Kosten des Ausstandsverfahrens werden auf CHF 500.00 bestimmt. Der Gesuchsteller führte in seinem Ausstandsgesuch vom 25. Oktober 2017 den Ausstandsgrund von Art. 56 Abs. 1 Bst. f StPO an und bezog diesen auf die Gesuchsgegnerin im Verfahren BK 17 344. Hinsichtlich dieses Teils des Ausstandsgesuchs sind bei diesem Ausgang des Verfahrens die Hälfte der Kosten, ausmachend CHF 250.00, dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 StPO). Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass der Rechtsbeistand des Gesuchstellers auch die Art und Weise der Besetzung des Spruchkörpers gerügt hat. Bei Beachtung minimaler Sorgfaltspflichten wäre vorliegend auf Anhieb erkennbar gewesen, dass diese Rüge offensichtlich unbegründet ist. Der Rechtsbeistand des Gesuchstellers wurde bereits mit Schreiben vom 25. September 2017 und vom 3. Oktober 2017 über die Geschäftsverteilung in der Beschwerdekammer informiert. Er wusste auch, dass am Obergericht kein Geschäftsverteilungsplan nach deutschem Vorbild besteht und dass ein solcher nach schweizerischem Recht nicht erforderlich ist. Es rechtfertigt sich deshalb, dem Rechtsbeistand die andere Hälfte der Kosten des Verfahrens, ausmachend CHF 250.00, aufzuerlegen (Art. 417 StPO; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6F_18/2016 vom 12. September 2016 E. 3. mit Hinweisen).

Die 1. Strafkammer beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die der Kosten des Ausstandsverfahrens, insgesamt bestimmt auf CHF 500.00, werden je zur Hälfte dem Gesuchsteller und Rechtsanwalt B. _____ zur Bezahlung auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - Rechtsanwalt B. _____
 - der Gesuchsgegnerin Oberrichterin C. _____

Bern, 30. November 2017

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Zihlmann

Die Gerichtsschreiberin:

Volkmandt

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.