

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 17 491

Bern, 25. Januar 2018

Besetzung

Oberrichter Niklaus (Präsident i.V.),
Oberrichter Geiser, Oberrichter Kiener
Gerichtsschreiberin Bettler

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter/Gesuchsteller

gegen

C. _____
Gesuchsgegner

D. _____
Gesuchsgegner

F. _____
Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Gesuch vom 23. November 2017 gegen die Besetzung der
1. Strafkammer im Verfahren SK 17 291



1. Mit Eingabe vom 23. November 2017 macht Rechtsanwalt B._____ geltend, namens von A._____ (Beschuldigter, nachfolgend: Gesuchsteller) lehne er im Verfahren SK 17 291 den Spruchkörper wegen eines Verstosses gegen Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) ab.

Zur Begründung führt er insbesondere aus, gemäss der Verfügung vom 21. November 2017 sei Oberrichter E._____ nicht mehr im Berufungsverfahren SK 17 291 tätig bzw. Obergerichtssuppleant C._____ als Vorsitzender/Referent eingesetzt worden. Eine Erklärung hierfür sei nicht ersichtlich. Die Ersetzung von Richtern ohne Begründung oder aufgrund gesetzlich nicht geregelter Gründe sei unzulässig. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) prüfe, ob eine (Neu)Zuweisung mit Art. 6 Abs. 1 EMRK im Einklang stehe. Hierfür müssten erstens die genauen Voraussetzungen für eine Auswechslung sowie das Verfahren, das in einem solchen Fall zu befolgen sei, gesetzlich näher geregelt sein. Zweitens müsse eine Begründungspflicht in Bezug auf die Auswechslungsentscheidung gesetzlich statuiert sein und drittens ein Rechtsmittel vorgesehen sein (pag. 1).

2. In seiner Stellungnahme vom 15. Januar 2018 führt Oberrichter D._____ als Präsident der 1. Strafkammer aus, im Verfahren SK 17 291 sei die Hauptverhandlung vor der 1. Strafkammer auf den 1. Februar 2018 festgesetzt worden. Oberrichter E._____ arbeite mit einem Beschäftigungsgrad von 100%, wovon nur ein Anteil von 60% auf das strafrechtliche Kerngeschäft der 1. Strafkammer entfalle (nebst 40% für Leitungsfunktionen als Strafabteilungspräsident und Mitglied der Geschäftsleitung des Obergerichts). Oberrichter E._____ präsidiere in der gleichen Arbeitswoche bereits eine Hauptverhandlung in einem anderen Verfahren. Zudem sei der 1. Februar 2018 sein letzter Arbeitstag vor seinen Ferien. Die mit der erwähnten Doppelfunktion erfahrungsgemäss einhergehende hohe Arbeitslast lasse zwei ganztägige Verhandlungen in der gleichen Woche nur sehr bedingt zu, weshalb vorliegend als Entlastungsmassnahme der Einsatz eines Ersatzmitglieds beschlossen worden sei (pag. 13).

Als Ersatz für Oberrichter E._____ sei Obergerichtssuppleant C._____ bestimmt und anstelle des Schreibenden als Vorsitzender/Referent eingesetzt worden. Dies aus folgenden Gründen: Die Strafkammern würden sich mit deutlich steigenden Verfahrenszahlen konfrontiert sehen, was zu einer deutlich höheren Arbeitsbelastung geführt habe. Der Einsatz von Suppleanten diene deshalb auch der Entlastung der in der Kammerbesetzung verbleibenden Mitglieder der Strafkammern. Die angestrebte Entlastung wirke dabei am Stärksten, wenn die Suppleanten als Vorsitzende/Referenten für das jeweilige Verfahren eingesetzt werden könnten. Ein weiterer wesentlicher Grund für die Einsetzung von Suppleanten als Vorsitzende/Referenten bilde aber auch die Tatsache, dass den Suppleanten, die in vielen Fällen Richterinnen und Richter der ersten Instanz seien, die Möglichkeit geboten werden solle, einen vertieften Einblick in die Arbeit der oberen Instanz zu erhalten und damit auch wichtige Erfahrungen für ihre eigene erstinstanzliche Tätigkeit sammeln zu können. Abschliessend erlaube er sich den Hinweis, dass die Einset-

zung von Suppleanten aus den oben dargelegten Gründen jahrelanger und bisher unangefochtener Praxis entspreche (pag. 15).

3. In seinen Schlussbemerkungen vom 17. Januar 2018 hielt der Gesuchsteller fest, so sehr die geschilderten Umstände und die Arbeitslast nachvollzogen werden könnten, würden diese nach Art. 6 EMRK dennoch keinen Wechsel von Gerichtspersonen rechtfertigen. Dies bereits deshalb, weil nicht ersichtlich sei, warum ausgerechnet im vorliegenden Verfahren ein Wechsel vorgenommen worden sei, wenn doch noch ein zweites Verfahren in der gleichen Woche stattfinde. Weiter sei nicht ersichtlich, gestützt auf welche gesetzliche Grundlage dieser Wechsel und die Einsetzung von Obergerichtsuppleant C._____ als Vorsitzender/Referent fusse. Ebenfalls nicht ersichtlich sei, wer Obergerichtssuppleant C._____ bestimmt habe bzw. ob Oberrichter E._____ aus eigenem Wunsch ausgewechselt worden sei. Das Argument, dass dies jahrelanger und unangefochtener Praxis entspreche, sei nicht rechtsgenügend. Der EGMR verlange eine gesetzliche Regelung, die zumindest auf Zufall basieren müsste (pag. 23 ff.).

4. Die verfassungsmässige Garantie von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Abs. 1 EMRK wird in Art. 56 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) konkretisiert (Urteil des Bundesgerichts 1B_97/2017 vom 7. Juni 2017 E. 2 mit Hinweisen; MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 f. zu Vor Art. 56-60 StPO). Auch wenn der Gesuchsteller keine Ausstandsgründe im engen Sinne von Art. 56 StPO geltend macht, rechtfertigt es sich vorliegend, die strafprozessualen Bestimmungen über den Ausstand anzuwenden, da vom angerufenen Gericht nicht verlangt werden kann, dass es selber über seine rechtmässige Zusammensetzung entscheidet.

Die Kammer setzt sich vorliegend aus Mitgliedern der Strafkammern zusammen, die vom Gesuch vom 23. November 2017 nicht betroffen sind (Oberrichter Niklaus, Oberrichter Geiser und Oberrichter Kiener; Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO).

5. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet einzig die Frage, ob die Änderung der Zusammensetzung des Spruchkörpers – die Auswechslung von Oberrichter E._____ durch Obergerichtssuppleant C._____ und dessen Einsetzung als Vorsitzender/Referent – mit der Garantie des gesetzlichen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist.

Soweit der Gesuchsteller die Einstellung des Strafverfahrens beantragt (vgl. pag. 3), ist darüber im Hauptverfahren (SK 17 291) zu befinden und auf das Gesuch vom 23. November 2017 nicht einzutreten.

Ebenfalls nicht einzutreten ist auf das Gesuch, soweit damit die Ausstandsbegehren gegen Oberrichter D._____ und Oberrichterin F._____ bekräftigt werden, über die die 1. Strafkammer bereits mit Beschluss vom 3. November 2017 (SK 17 400) entschieden hat. Eine vom Gesuchsteller gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde ist aktuell beim Bundesgericht hängig (Referenz Nr. 1B_514/2017).

6. Der Gesuchsteller rügt die Änderung der Zusammensetzung des Spruchkörpers als Verletzung von Art. 6 EMRK.

6.1 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. Ausnahmegerichte sind ausdrücklich untersagt. 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 (BGE 137 I 340 E. 2.2.1; Urteile des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom 5. Januar 2018 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 1B_79/2017 vom 21. September 2017 E. 4.1).

Art. 6 Abs. 1 EMRK verlangt unter dem Aspekt des auf Gesetz beruhenden Gerichts einen justizförmigen, unabhängigen und unparteiischen Spruchkörper, der über Streitfragen auf der Grundlage des Rechts und in einem gesetzlich vorgesehenen Verfahren mit rechtsstaatlichen Garantien entscheidet. Erforderlich sind insbesondere Vorschriften über die Einrichtung, Zusammensetzung, Organisation und Zuständigkeit des Gerichts. Der EGMR prüft zwar die Einhaltung staatlichen Rechts, stellt aber die Auslegung durch die Gerichte nur in Frage, wenn sie das Recht eindeutig verletzt oder willkürlich ist. Nicht nur das Gericht, sondern auch der zur Entscheidung berufene Spruchkörper muss auf Gesetz beruhen. Voraussetzung ist eine entsprechende, die Gerichtsbesetzung regelnde gesetzliche Vorschrift. Gerichte, die aufgrund der Verfassung oder von Gesetzen eingerichtet wurden, entsprechen den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Demgegenüber ist Art. 6 EMRK verletzt, wenn Vorschriften des staatlichen Rechts über die Zusammensetzung des Spruchkörpers missachtet worden sind (Urteil des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom 5. Januar 2018 E. 2.1 mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen).

Der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV) kann verletzt sein, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters (BGE 137 I 340 E. 2.2.1 mit Hinweis; Urteile des Bundesgerichts 4A_105/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.1; 4A_474/2015 vom 19. April 2016 E. 2.2.1). Von einem sachlichen Grund ist nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung immer dann auszugehen, wenn diesem Schritt vernünftige Überlegungen zugrundeliegen, die einer sach- und zeitgerechten Fallerledigung dienen. Sachliche Gründe sind vereinbar mit persönlichen Motiven, die in der Person der Richterin oder des Richters liegen. Sie stehen bloss in Widerspruch zu sachwidrigen Beweggründen, die nicht dem Anliegen einer korrekten Verfahrensführung entspringen und bezwecken, in manipulativer Weise einen ganz bestimmten Spruchkörper für einen konkreten Fall einzurichten, um damit das gewünschte Ergebnis herbeizuführen. Insofern stellen etwa auch Arbeitsüberlastung oder kürzere krankheitsbedingte Abwesenheiten und Ferien sachliche Gründe dar, die sich durch das verfassungsmässige Beschleunigungsgebot (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 1 BV) rechtfertigen lassen (Urteile des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom

5. Januar 2018 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 1B_79/2017 vom 21. September 2017 E. 4.2). Der verfassungsmässige Anspruch darauf, dass die Behörde richtig zusammengesetzt ist, schliesst ein gewisses Ermessen bei der Besetzung des Spruchkörpers sowie beim Entscheid über den Beizug von Ersatzrichtern nicht aus. Allerdings soll die Besetzung, wenn immer möglich, nach sachlichen Kriterien erfolgen (BGE 137 I 340 E. 2.2.1 mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom 5. Januar 2018 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen).

Bei Änderungen des einmal besetzten Spruchkörpers ist es Aufgabe des Gerichts, die Parteien auf beabsichtigte Auswechslungen von mitwirkenden Richtern und die Gründe dafür hinzuweisen. Erst wenn der Partei die Gründe für die Besetzungsänderung bekannt gegeben worden sind, liegt es an ihr, deren Sachlichkeit substantiiert zu bestreiten (BGE 142 I 93 E. 8.2; Urteile des Bundesgerichts 4A_105/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.2; 4A_474/2015 vom 19. April 2016 E. 2.2.1 mit Hinweis).

- 6.2 Gemäss Art. 20 Abs. 6 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG, BSG 161.1) werden Ersatzrichterinnen und Ersatzrichter sowie Ersatzmitglieder zur Entlastung auf eine ordentliche Amtszeit gewählt und eingesetzt. Die Geschäftsverteilung am Obergericht des Kantons Bern ist in Art. 44 und Art. 45 GSOG geregelt. Gemäss Art. 44 GSOG ist der Abteilungspräsident für die Fallzuteilung und den Belastungsausgleich verantwortlich (Abs. 1). Er entscheidet über den Beizug von Ersatzrichterinnen und Ersatzrichtern (Abs. 2). Nach Art. 45 Abs. 1 GSOG erfolgt die Urteilsfindung in Dreierbesetzung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers beruht der Entscheid über den Beizug von Ersatzrichtern (Obergerichtssuppleanten) somit auf entsprechenden die Gerichtsbesetzung regelnden gesetzlichen Vorschriften. Gemäss der seit Jahren geltenden und bisher unangefochtenen Praxis teilt der jeweilige Vorsitzende/Referent dem Abteilungspräsidenten den Bedarf eines Ersatzrichters mit. Im Einvernehmen mit dem Abteilungspräsidenten wird anschliessend anhand einer von der Sekretariatsleitung bewirtschafteten Liste ein Ersatzrichter bestimmt. Die Sekretariatsleitung berücksichtigt dabei namentlich die Verfügbarkeit der Ersatzrichter, eine gleichmässige Verteilung der Einsätze zwischen den Ersatzrichtern sowie den Umstand, dass der jeweilige Ersatzrichter wenn immer möglich nicht Mitglied des Regionalgerichts ist, dessen Urteil zu überprüfen ist. Durch dieses Vorgehen wird die Bestimmung des Spruchkörpers weiter objektiviert bzw. vom subjektiven Willen des Abteilungspräsidenten abstrahiert. Da ein gewisses Ermessen bei der Besetzung des Spruchkörpers und beim Entscheid über den Beizug von Ersatzrichtern zulässig ist, erfüllt dieses Vorgehen die konventions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben (vgl. BGE 137 I 340 E. 2.2.1; Urteile des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom 5. Januar 2018 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 1B_491/2016 vom 24. März 2017 E. 1.3). Es kann auch keine Rede davon sein, dass Personen als Richter fungieren würden, die gesetzlich nicht vorgesehen wären. Die Ersatzrichter werden wie die ordentlichen Richter vom Grossen Rat des Kantons Bern an das Obergericht gewählt (vgl. Art. 21 Abs. 1 GSOG und Art. 32 Bst. a und b des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Sie sind im Staatskalender (www.justice.be.ch) ersichtlich. Der EGMR

verlangt nicht, dass die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Voraus aufgrund einer generell-abstrakten Regelung bestimmbar sein müsse. Er greift zudem nur ein, wenn die Auslegung des innerstaatlichen Rechts durch die Gerichte dieses eindeutig verletzt oder willkürlich ist (vgl. Ziff. 6.1 vorne).

- 6.3 Vorliegend gab die 1. Strafkammer den Parteien die Besetzung des Spruchkörpers (Oberrichter D._____, Oberrichter E._____ und Oberrichterin F._____) mit Vorladung vom 16. August 2017 bekannt (SK 17 291, pag. 151 f.). Im Verlauf des Verfahrens wurde die Zusammensetzung des Spruchkörpers geändert und als Ersatz für Oberrichter E._____ Obergerichtssuppleant C._____ als Mitglied der Kammer bestimmt und als Vorsitzender/Referent eingesetzt. Mit Verfügung vom 21. November 2017 teilte die 1. Strafkammer den Parteien die Änderung des Spruchkörpers mit, wies sie allerdings nicht auf die Gründe für diese Änderung hin (SK 17 291, pag. 156 f.).

Der Stellungnahme von Oberrichter D._____ vom 15. Januar 2018 kann entnommen werden, dass anstehende Ferien von Oberrichter E._____, eine weitere Hauptverhandlung in der gleichen Woche und eine hohe Arbeitslast der Mitglieder zur Änderung des Spruchkörpers führten. Der Gesuchsteller bestreitet die Sachlichkeit der genannten Gründe in seinen Schlussbemerkungen vom 17. Januar 2018 nicht substantiiert. Das Bundesgericht anerkennt Arbeitsüberlastung und Ferien explizit als sachliche, mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbare Gründe, die eine Änderung des einmal besetzten Spruchkörpers rechtfertigen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom 5. Januar 2018 E. 2.1 und E. 2.3.2, zur Publikation vorgesehen; 1B_79/2017 vom 21. September 2017 E. 4.2). Vorliegend gibt es insbesondere keine Hinweise dafür, dass der Spruchkörper aus sachwidrigen Beweggründen geändert wurde, die nicht dem Anliegen einer korrekten Verfahrensführung entspringen und bezwecken, in manipulativer Weise einen ganz bestimmten Spruchkörper einzurichten, um damit das gewünschte Ergebnis herbeizuführen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_1356/2016 vom 5. Januar 2018 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 1B_79/2017 vom 21. September 2017 E. 4.2). Ferner bestreitet der Gesuchsteller zu Recht nicht, dass die angestrebte Entlastung am Stärksten wirkt, wenn der Ersatzrichter als Vorsitzender/Referent für das jeweilige Verfahren eingesetzt werden kann. Schliesslich bringt der Gesuchsteller auch in seinen Schlussbemerkungen vom 17. Januar 2018 gegen Obergerichtssuppleant C._____ keine Ausstandsgründe im Sinne von Art. 56 StPO vor, was nach Treu und Glauben erwartet werden kann, wenn denn solche vorliegen würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_105/2017 vom 2. Juni 2017 E. 2.4).

- 6.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Auswechslung von Oberrichter E._____ durch Obergerichtssuppleant C._____ und dessen Einsetzung als Vorsitzender/Referent mit der Garantie des gesetzlichen Richters gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist. Der Gesuchsteller kann aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 EMRK nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Gesuch vom 23. November 2017 ist daher abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten grundsätzlich dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 StPO). Angesichts des Umstands, dass die

1. Strafkammer die Parteien in der Verfügung vom 21. November 2017 nicht auf die Gründe für die Änderung der Zusammensetzung des Spruchkörpers hingewiesen hat und es dem Gesuchsteller daher zunächst nicht möglich war, deren Sachlichkeit zu überprüfen und substantiiert zu bestreiten, rechtfertigt es sich indes, die Verfahrenskosten von CHF 750.00 (Art. 24 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]) dem Kanton Bern aufzuerlegen.

Die 1. Strafkammer beschliesst:

1. Das Gesuch vom 23. November 2017 gegen die Besetzung der 1. Strafkammer im Verfahren SK 17 291 (Obergerichtssuppleant C._____, Oberrichter D._____ und Oberrichterin F._____) wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Kosten des Verfahrens, bestimmt auf CHF 750.00, trägt der Kanton Bern.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt B._____
 - den Gesuchsgegnern

Bern, 25. Januar 2018

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Niklaus

Die Gerichtsschreiberin:

Bettler

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.