

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 17 492

Bern, 8. Januar 2018

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Rechtsanwalt B. _____
Beschuldigter/Gesuchsteller

gegen

C. _____
Gesuchsgegner

D. _____
Gesuchsgegnerin

E. _____
Gesuchsgegner

Gegenstand

Gesuch vom 7. Dezember 2017 gegen die Besetzung der
2. Strafkammer im Verfahren SK 17 239



Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 7. Dezember 2017 macht Rechtsanwalt B._____ geltend, namens von A._____ (Beschuldigter, nachfolgend: Gesuchsteller) lehne er im Verfahren SK 17 239 das Gericht wegen eines Verstosses gegen Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) ab. Die Staatsanwaltschaft sei an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht anwesend gewesen. Zudem habe die Generalstaatsanwaltschaft mit Schreiben vom 6. Juli 2017 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtet. Da der Gesuchsteller die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt habe, verstosse die Nichtanwesenheit der Anklage gegen Art. 6 EMRK (pag. 1).

Zur Begründung seines Antrags reicht der Gesuchsteller den Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) i.S. Ozerov v. Russia, Nr. 64962/01, vom 18. Mai 2010 (pag. 7 ff.) ein und führt aus, in dem vom EGMR zu beurteilenden Fall habe das erstinstanzliche Gericht ohne Anwesenheit der Staatsanwaltschaft Beweise erhoben. Der EGMR sei zum Schluss gekommen, dass in einer solchen Konstellation mangels Trennung zwischen Anklage und Gericht berechnete Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts bestünden (pag. 1 ff.).

Vorliegend komme erschwerend hinzu, dass die Staatsanwaltschaft auch an der anstehenden Berufungsverhandlung nicht anwesend sein werde, weshalb das Berufungsgericht eine Doppelfunktion als Anklage und Gericht einnehme (pag. 3).

2. Der Gesuchsteller rügt eine Verletzung des Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 6 EMRK (pag. 1 ff.).

Die verfassungsmässige Garantie von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, denen in dieser Hinsicht dieselbe Tragweite zukommt, wird in Art. 56 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) konkretisiert (Urteile des Bundesgerichts 4A_327/2017 vom 31. August 2017 E. 5.2; 1B_97/2017 vom 7. Juni 2017 E. 2; je 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 sich vorliegend, die strafprozessualen Bestimmungen über den Ausstand anzuwenden, da vom angerufenen Gericht nicht verlangt werden kann, dass es selber über seine eigene Unabhängigkeit und Unparteilichkeit entscheidet. Gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO setzt sich die Kammer vorliegend aus Mitgliedern der 2. Strafkammer zusammen, die vom Gesuch vom 7. Dezember 2017 nicht betroffen sind (Oberrichter Niklaus, Oberrichter Geiser und Oberrichter Kiener).

Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, erweist sich das Gesuch vom 7. Dezember 2017 als offensichtlich unbegründet (vgl. Ziff. 4. hinten). Die Frage, ob die Rüge der Verletzung von Art. 6 EMRK rechtzeitig erfolgt ist, kann daher offen bleiben.

Mit Blick auf das Nachfolgende hat die Kammer auf das Einholen einer Stellungnahme nach Art. 58 Abs. 2 StPO verzichtet (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_461/2016 vom 3. November 2016 E. 5.1 zu Art. 49 Abs. 2 der Schweizerischen

Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272], dessen Wortlaut fast deckungsgleich ist mit Art. 58 Abs. 2 StPO).

3. Soweit der Gesuchsteller die Einstellung des Strafverfahrens beantragt (vgl. pag. 3), ist darüber im Hauptverfahren (SK 17 239) zu befinden. Diesbezüglich kann auf das Gesuch vom 7. Dezember 2017 nicht eingetreten werden.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsteller bereits am 12. Oktober 2017 ein Ausstandsgesuch gegen die Besetzung der 2. Strafkammer im Verfahren SK 17 239 einreichte (SK 17 406, pag. 1 ff.). Die 2. Strafkammer trat mit Beschluss vom 3. November 2017 nicht auf das Ausstandsgesuch ein (SK 17 406, pag. 9 ff.). Eine vom Gesuchsteller dagegen erhobene Beschwerde ist aktuell beim Bundesgericht hängig (Referenz Nr. 1B_523/2017).

4. Die Gesuchsteller ist der Ansicht, der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht aufgetreten sei und die Generalstaatsanwaltschaft auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtet habe, begründe die Besorgnis der fehlenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts (vgl. pag. 1).

- 4.1 Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, denen in dieser Hinsicht dieselbe Tragweite zukommt, hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_327/2017 vom 31. August 2017 E. 5.2). Der Anspruch auf ein unparteiisches Gericht wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit begründen. Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Bei der Beurteilung solcher Gegebenheiten ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (Urteile des Bundesgerichts 1B_150/2017 vom 4. Oktober 2017 E. 4.3; 1B_97/2017 vom 7. Juni 2017 E. 2; je mit Hinweisen).

- 4.2. Der Gesuchsteller beruft sich auf den erwähnten Entscheid des EGMR i.S. Ozerov v. Russia, Nr. 64962/01, vom 18. Mai 2010 (pag. 7 ff.). Diesem Entscheid lag ein Fall zu Grunde, in welchem die Staatsanwaltschaft Moskau ein Verfahren wegen Verkehrsregelverletzungen und bandenmässigen Einbruchs einem städtischen Bezirksgericht überwies und angab, an der Hauptverhandlung teilnehmen zu wollen. Das erstinstanzliche Gericht lud die Staatsanwaltschaft zusammen mit dem Beschuldigten und den Geschädigten zur Hauptverhandlung vor. Dort erschien die Staatsanwaltschaft unentschuldigt nicht. Die Frage, ob sie den Prozess unter diesen Umständen fortsetzen wollten, bejahten die anwesenden Parteien. Im Verlauf der Hauptverhandlung befragte das Gericht die anwesenden Parteien, liess zusätzlich von Amtes wegen einen Polizisten als Zeugen einvernehmen und nahm einige Dokumente zu den Akten (Ziff. 53 des Entscheids; pag. 31).

In diesem Handeln sah der EGMR die Rolle des Gerichts nicht nur darin, die ihm seitens der Staatsanwaltschaft vorgelegten Beweise zu würdigen. Vielmehr habe das Gericht aus eigener Initiative das Beweisfundament bezüglich des Einbruchdiebstahls durch die neu erhobenen Beweismittel verändert. Hätte die Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung teilgenommen, hätte sie an diesen Beweiserhebungen teilnehmen können. Zudem hätte sie entscheiden können, ob sie die anfänglichen Anklagepunkte fallen lassen oder aufrechterhalten wolle. Die Anklage sei zur Vorbereitung der Verhandlung wichtig. Indem das erstinstanzliche Gericht die Anklage aufgrund der neuen Sachlage geprüft und den Beschuldigten ohne Anwesenheit der Staatsanwaltschaft verurteilt habe, habe es die Rollen des Gerichts mit derjenigen der Staatsanwaltschaft vermischt und so Anlass für berechtigten Zweifel an der Unparteilichkeit des Gerichts gegeben (Ziff. 54 des Entscheids; pag. 31 ff.).

4.3 Zu prüfen ist, ob diese Rechtsprechung auf die StPO übertragen werden kann.

Gemäss Art. 337 StPO kann die Staatsanwaltschaft dem Gericht schriftliche Anträge stellen oder persönlich vor Gericht auftreten (Abs. 1). Beantragt sie eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme, so hat sie die Anklage vor Gericht persönlich zu vertreten (Abs. 3). Die Verfahrensleitung kann die Staatsanwaltschaft auch in anderen Fällen zur persönlichen Vertretung der Anklage verpflichten, wenn sie dies für nötig erachtet (Abs. 4). Erscheint die Staatsanwaltschaft nicht an der Hauptverhandlung, obwohl sie dazu verpflichtet wäre, so wird die Verhandlung verschoben (Abs. 5).

Im mündlichen Berufungsverfahren lädt die Verfahrensleitung die Staatsanwaltschaft in den in Art. 337 Absätze 3 und 4 StPO vorgesehenen Fällen und wenn sie die Berufung oder die Anschlussberufung erklärt hat zur Verhandlung vor (Art. 405 Abs. 3 Bst. a und b StPO). Ist die Staatsanwaltschaft nicht vorgeladen, kann sie schriftliche Anträge stellen und eine schriftliche Begründung einreichen oder persönlich vor Gericht auftreten (Art. 405 Abs. 4 StPO).

Die regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland verurteilte den Gesuchsteller mit Strafbefehl vom 2. September 2016 wegen Drohung, Nötigung, Beschimpfung und wiederholten Tätlichkeiten zu einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu CHF 60.00, einer Verbindungsbusse von CHF 1'800.00 und einer Busse von CHF 400.00 (pag. 88 f.). Mit Verfügung vom 13. Oktober 2016 hielt die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl fest, überwies die Akten dem Regionalgericht Bern-Mittelland zur Durchführung des Hauptverfahrens und verzichtete auf eine Vorladung zur Hauptverhandlung (pag. 117).

Der Strafbefehl gilt als Anklageschrift (vgl. 356 Abs. 1 StPO). Aufgrund der beantragten Strafe war die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet, an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung aufzutreten um die Anklage zu vertreten (Art. 337 Abs. 3 e contrario StPO). Entsprechend war die Vorinstanz auch nicht gehalten, die Staatsanwaltschaft zur Hauptverhandlung vorzuladen. Die Generalstaatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 6. Juli 2017 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 269). Da sie weder Berufung noch Anschlussberufung erklärt hat und kein Fall von Art. 337 Abs. 3 und 4 StPO vorliegt, war die Verfah-

rensleitung nicht gehalten, die Generalstaatsanwaltschaft zur mündlichen Berufungsverhandlung vorzuladen. Folglich besteht für die Generalstaatsanwaltschaft keine Erscheinungspflicht (Art. 405 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 337 Abs. 3 und 4 StPO).

- 4.4 Das vorliegende Verfahren unterscheidet sich wesentlich vom erwähnten Entscheid des EGMR i.S. Ozerov v. Russia, bei dem die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft offensichtlich obligatorisch war, nachdem sie durch das Gericht angeordnet wurde. Die Staatsanwaltschaft erschien jedoch unentschuldigt nicht zur Verhandlung. Demgegenüber war die Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung im Verfahren PEN 16 881 nicht anwesend, weil sie nicht vorgeladen worden war, mithin nicht verpflichtet war, zu erscheinen. Gleiches gilt für die Generalstaatsanwaltschaft im oberinstanzlichen Verfahren. Die StPO sieht mit anderen Worten die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an Haupt- und Berufungsverhandlungen bei Delikten minderer Schwere ausdrücklich vor, überlässt es aber letztlich dem Gericht, die Staatsanwaltschaft zum Erscheinen zu verpflichten. Andererseits darf die Staatsanwaltschaft auch ohne Verpflichtung aus eigenem Antrieb immer vor Gericht auftreten.

Erscheint die Staatsanwaltschaft nicht an der Hauptverhandlung, obwohl sie dazu verpflichtet wäre, wird die Verhandlung – anders als im Fall Ozerov v. Russia – nicht fortgesetzt, sondern verschoben (vgl. Art. 337 Abs. 5 StPO). Dies auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft bloss aus anderen Gründen (Art. 337 Abs. 4 StPO) zum Erscheinen verpflichtet worden wäre. Weiter ist die konkrete Ausgestaltung der Rollen und Handlungen des Gerichts unterschiedlich. Offensichtlich musste das Gericht im Fall Ozerov v. Russia mehrere Verfahrenshandlungen vornehmen, die eigentlich der Staatsanwaltschaft obliegt hätten, so beispielsweise das Verlesen der Anklage und die Befragung der Belastungszeugen. Demgegenüber sind Einvernahmen nach der StPO grundsätzlich von der Verfahrensleitung durchzuführen (vgl. Art. 341 Abs. 1 StPO).

Vorliegend sind an der mündlichen Berufungsverhandlung vom 16. Januar 2018 keine speziellen Beweismassnahmen vorgesehen. Der im Rahmen der Berufungserklärung vom 27. Juni 2017 gestellte Beweisantrag auf Einvernahme von zwei Zeuginnen wies die Kammer mit Beschluss vom 10. Juli 2017 ab (SK 17 239, pag. 270 f.).

- 4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die StPO die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an Haupt- und Berufungsverhandlungen bei Delikten minderer Schwere ausdrücklich vorsieht. Die Bestimmungen der StPO verletzen die EMRK – insbesondere den Anspruch auf ein unparteiliches Gericht gemäss Art. 6 EMRK – nicht. Der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht aufgetreten ist und die Generalstaatsanwaltschaft auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtet hat, ist vorliegend nicht geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit der Gesuchsgegner zu erwecken.

Weitere Gründe, welche den Anschein der Befangenheit bei den Gesuchsgegnern zu begründen vermöchten, sind nicht ersichtlich. Wie bereits im Beschluss vom 3. November 2017 (SK 17 406) dargelegt, gibt es namentlich keinerlei Hinweise auf

Feindschaft oder sonstige Umstände, die ein faires Verfahren gegenüber dem Gesuchsteller in Frage stellen würden (SK 17 406, pag. 15). Das Gesuch vom 7. Dezember 2017 erweist sich somit als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen.

5. 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).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten grundsätzlich dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 StPO). Dem Verteidiger des Gesuchstellers, Rechtsanwalt B._____, ist als patentierter Rechtsanwalt indes bekannt, dass die StPO die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an Haupt- und Berufungsverhandlungen bei Delikten minderer Schwere ausdrücklich vorsieht. Dass das vorliegende Gesuch offensichtlich unbegründet ist, wäre somit bei Beachtung minimaler Sorgfaltspflichten auf Anhieb erkennbar gewesen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass Rechtsanwalt B._____ bereits im Oktober und November 2017 bei der Strafabteilung des Obergerichts insgesamt 13 Ausstandsgesuche in unterschiedlichen Verfahren einreichte und jeweils eine Verletzung von Art. 6 EMRK rügte (SK 17 399; SK 17 400; SK 17 401; SK 17 402; SK 17 406; SK 17 407; SK 17 409; SK 17 431; SK 17 437; SK 17 439; SK 17 455; SK 17 470; SK 17 483 f.).

Die Kosten des Verfahrens werden deshalb ausnahmsweise der Verteidigung auferlegt (Art. 417 StPO; vgl. Urteil des Bundesgerichts 6F_18/2016 vom 12. September 2016 E. 3. mit Hinweisen). Da Rechtsanwalt B._____ mit seinen zahlreichen Gesuchen einen beträchtlichen Aufwand verursacht hat, rechtfertigt es sich nicht mehr, eine reduzierte Gebühr von CHF 500.00 zu erheben. Die Kosten werden demnach in Anwendung von Art. 24 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 750.00 bestimmt.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Das Gesuch vom 7. Dezember 2017 gegen die Besetzung der 2. Strafkammer im Verfahren SK 17 239 (Oberrichter C._____, Oberrichterin D._____ und Oberrichter E._____) wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Kosten des Verfahrens werden bestimmt auf CHF 750.00 und Rechtsanwalt B._____ auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt B._____
 - Rechtsanwalt B._____
 - den Gesuchsgegnern

Bern, 8. Januar 2018

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Niklaus

Die Gerichtsschreibin:

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.