

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 17 493

Bern, 22. Januar 2018

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwalt B. _____

Beschuldigter/Gesuchsteller

gegen

C. _____

Gesuchsgegnerin

D. _____

Gesuchsgegner

E. _____

Gesuchsgegner

Gegenstand

Gesuch vom 8. Dezember 2017 gegen die Besetzung der
2. Strafkammer im Verfahren SK 16 410



Erwägungen:

1. Anlässlich der oberinstanzlichen Verhandlung vom 8. Dezember 2017 stellte Rechtsanwalt B._____ namens von A._____ (Beschuldigter, nachfolgend: Gesuchsteller) ein Ablehnungsgesuch gegen die Mitglieder der 2. Strafkammer im Verfahren SK 16 410 (pag. 1 ff.).

Rechtsanwalt B._____ begründete den Antrag im Wesentlichen damit, dass die Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht anwesend gewesen sei und die Generalstaatsanwaltschaft auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtet habe. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) habe im Entscheid Ozerov v. Russia, Nr. 64962/01, vom 18. Mai 2010 eine Verletzung der Neutralität und der Unbefangenheit des Gerichts erkannt, weil das Gericht ohne Anwesenheit der Staatsanwaltschaft Beweise erhoben und ein Urteil gefällt habe. Vorliegend komme erschwerend hinzu, dass die Staatsanwaltschaft auch vor oberer Instanz nicht anwesend sei. Mangels Trennung von Anklage und Gericht bestünden Zweifel an der Unparteilichkeit der Kammer. Er rüge deshalb auch im vorliegenden Verfahren eine Verletzung von Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101; pag. 5 ff.). Rechtsanwalt B._____ reichte den Entscheid des EGMR i.S. Ozerov v. Russia, Nr. 64962/01, vom 18. Mai 2010 zu den Akten (pag. 9 ff.).

2. Die verfassungsmässige Garantie von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Abs. 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.

Die Kammer setzt sich vorliegend aus Mitgliedern der 2. Strafkammer zusammen, die vom Gesuch vom 8. Dezember 2017 nicht betroffen sind (Oberrichter Niklaus, Oberrichter Geiser und Oberrichter Kiener; Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO).

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).

Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, erweist sich das Gesuch vom 8. 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.

3. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsteller im Verfahren SK 16 410 bereits am 31. Januar 2017 ein Ausstandsgesuch gegen Ober-
richterin C._____ einreichte (SK 17 45, pag. 1 ff.). Die 2. Strafkammer wies das
Ausstandsgesuch mit Beschluss vom 23. Februar 2017 ab (SK 17 45, pag. 57 ff.).
Eine vom Gesuchsteller dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht
mit Urteil 1B_116/2017 vom 16. Mai 2017 ab (SK 17 45, pag. 117 ff.).
- Ferner reichte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 12. Oktober 2017 ein
Ausstandsgesuch gegen die Besetzung der 2. Strafkammer im Verfahren SK 16
410 ein (SK 17 402). Die 2. Strafkammer trat mit Beschluss vom 3. November 2017
nicht auf das Ausstandsgesuch ein. Eine vom Gesuchsteller dagegen erhobene
Beschwerde ist aktuell beim Bundesgericht hängig (Referenz Nr. 1B_516/2017).
4. Die Gesuchsteller ist der Ansicht, der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft an der
erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht aufgetreten sei und die Generalstaats-
anwaltschaft 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 Abs. 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 ver-
letzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein
der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit begründen. Voreinge-
nommenheit 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 Gegeben-
heiten ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Miss-
trauen 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 Be-
zirksgericht überwies und angab, an der Hauptverhandlung teilnehmen zu wollen.
Das erstinstanzliche Gericht lud die Staatsanwaltschaft zusammen mit dem Be-
schuldigten und den Geschädigten zur Hauptverhandlung vor. Dort erschien die
Staatsanwaltschaft unentschuldigt nicht. Die Frage, ob sie den Prozess unter die-
sen Umständen fortsetzen wollten, bejahten die anwesenden Parteien. Im Verlauf
der Hauptverhandlung befragte das Gericht die anwesenden Parteien, liess zusätz-
lich von Amtes wegen einen Polizisten als Zeugen einvernehmen und nahm einige

Dokumente zu den Akten (Ziff. 7-15 und Ziff. 53 des Entscheids; pag. 13 ff. und pag. 33).

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. 33 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 11. Mai 2016 wegen mehrfacher Gehilfenschaft zu Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je CHF 30.00, ausmachend CHF 2'700.00, und einer Verbindungsbusse von CHF 900.00 (pag. 120 f.). Mit Verfügung vom 24. Mai 2018 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. 125/1).

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 15. Dezember 2016 auf die Teilnahme am

oberinstanzlichen Verfahren (pag. 227). Da sie weder Berufung noch Anschlussberufung erklärt hat und kein Fall von Art. 337 Abs. 3 und 4 StPO vorliegt, war die Verfahrensleitung nicht gehalten, die Generalstaatsanwaltschaft zur mündlichen Berufungsverhandlung vorzuladen. Folglich bestand 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 16 419 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 obliegen 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 wurden im Hinblick auf die oberinstanzliche Verhandlung von Amtes wegen ein aktueller Leumundsbericht und ein aktueller Strafregisterauszug eingeholt (SK 16 410, pag. 296 ff., pag. 350). Der im Rahmen der Berufungserklärung vom 12. Dezember 2016 gestellte Beweisantrag auf erneute Einvernahme des Gesuchstellers wies die Kammer mit Beschluss vom 19. Dezember 2016 ab (SK 16 410, pag. 220 f., pag. 228 ff.). In Anbetracht der Tatsache, dass seit Rechtshängigkeit des oberinstanzlichen Verfahrens bereits über ein Jahr verstrichen ist, wurde der Beschuldigte an der Verhandlung vom 8. Dezember 2017 dennoch zu Person und zur Sache befragt (SK 16 410, pag. 355 ff., pag. 403).

- 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 E. 4.3 im Verfahren SK 17 402 dargelegt, gibt es namentlich keinerlei Hinweise auf Feindschaft oder sonstige Umstände, die ein faires Verfahren gegenüber dem Gesuchsteller in Frage stellen würden.

Das Gesuch vom 8. Dezember 2017 erweist sich somit als offensichtlich unbegründet und ist abzuweisen. Das am 8. Dezember 2017 gefällte Urteil bleibt somit bestehen (vgl. Art. 60 Abs. 1 StPO) und kann nur durch Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht angefochten werden.

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 8. Dezember 2017 gegen die Besetzung der 2. Strafkammer im Verfahren SK 16 410 (Oberrichterin C._____, Oberrichter D._____ und Oberrichter E._____) wird abgewiesen.
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, 22. 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.