

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 18 508

Bern, 18. Dezember 2018

Besetzung

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

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Rechtsanwalt B. _____

Gesuchsteller

gegen

C. _____, c/o Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, 3001 Bern

Gesuchsgegner 1

D. _____, c/o Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, 3001 Bern

Gesuchsgegnerin 2

E. _____, c/o Regionalgericht Bern-Mittelland, Strafabteilung, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Gesuchsgegnerin 3

Gegenstand

Ausstand



Erwägungen:

1. Im Rahmen der oberinstanzlichen Verhandlung vom 30. November 2018 im Berufungsverfahren SK 17 426 machte Rechtsanwalt B._____ namens des Beschuldigten A._____ (nachfolgend Gesuchsteller) geltend, die Zusammensetzung der Kammer sei vor der Änderung des Organisationsreglements des Obergerichts des Kantons Bern vom 1. September 2018 festgelegt worden. Das Bundesgericht habe in zwei durch ihn erwirkten Urteilen jedoch erwogen, die Regelung am Obergericht des Kantons Bern sei vor Einführung des neuen Art. 27a des Organisationsreglements problematisch gewesen (Urteile des Bundesgerichts 6B_63/2018 und 6B_1458/2017). Das Organisationsreglement kenne keine Übergangsbestimmungen. Aus diesen Gründen lehne er die Zusammensetzung der Kammer aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage ab (pag. 3).
2. Mit mündlich eröffnetem und begründetem Beschluss vom 30. November 2018 nahm die Kammer vom Ablehnungsgesuch des Gesuchstellers Kenntnis und beschloss die Weiterleitung an die zuständige Kammer sowie in Anwendung von Art. 59 Abs. 3 StPO die Weiterführung des Strafverfahrens SK 17 426 ohne Unterbruch (pag. 3).
3. 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, ausser wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht, was vorliegend nicht zutrifft.
4. Gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO entscheidet das Berufungsgericht, wenn Mitglieder des Berufungsgerichts von einem Ausstandsgesuch betroffen ist. Die Richterinnen und Richter sind bei Bedarf zur gegenseitigen Aushilfe verpflichtet (Art. 45 Abs. 5 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG, BSG 161.1]), wenn nötig auch abteilungsübergreifend (Art. 23 Abs. 5 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Sämtliche Richterinnen und Richter sind verpflichtet, bei Bedarf in beiden Amtssprachen des Kantons Bern zu arbeiten (Art. 29 Abs. 2 Bst. a GSOG).

Das Ausstandsgesuch wird von Mitgliedern der Strafkammern (Oberrichter Niklaus, Oberrichter Geiser und Oberrichter Kiener) schriftlich entschieden (Art. 59 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 StPO).
5. 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).

6. 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).

Der Gesetzgeber verzichtete auf die Festlegung einer Frist, innerhalb derer ein Ablehnungsgesuch spätestens zu erfolgen hat. Wie sich aus der Formulierung «ohne Verzug [...], sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat» ergibt, kann das Recht auf Ausstand indessen nicht ohne zeitliche Beschränkung geltend gemacht werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Ablehnungsgrund unverzüglich nach dessen Kenntnisnahme geltend gemacht werden; andernfalls ist der Anspruch verwirkt (BGE 140 I 271 E. 8.4.3 mit Hinweisen). Der Ausstand ist mithin so früh wie möglich, d.h. in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme, zu verlangen. Ein Ablehnungsgesuch, das beispielsweise erst nach zwei Wochen gestellt wird, ist klarerweise verspätet (Urteile des Bundesgerichts 1B_58/2017 vom 5. April 2017 E. 2.3; 6B_973/2016 vom 7. März 2017 E. 3.3.2; 1B_252/2016 vom 14. Dezember 2016 E. 2.3; je mit Hinweisen).

Vorliegend wurde dem Gesuchsteller die Zusammensetzung der Kammer (Oberrichter C._____ [Präsident i.V.], Oberrichter Aebi und Oberrichterin D._____) bereits mit Vorladung vom 26. März 2018 bekannt gegeben (SK 17 426; pag. 515 f.). Mit Verfügung vom 9. Juli 2018 wurde ihm sodann mitgeteilt, dass in Abänderung der Verfügung vom 26. März 2018 anstelle von Oberrichter Aebi Obergerichtssuppleantin E._____ als Mitglied des Spruchkörpers mitwirken werde (pag. 529). Seither wurde die Zusammensetzung des Spruchkörpers nicht mehr geändert. Wenn der Gesuchsteller die Besetzung des Spruchkörpers erst in der oberinstanzlichen Verhandlung vom 30. November 2018, mithin erst rund fünf Monate nach Bekanntgabe, rügte, so erfolgte sein Ausstandsgesuch klarerweise verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

7. Der Gesuchsteller rügt die Art und Weise der Besetzung des Spruchkörpers sinngemäss als Verletzung von Art. 6 EMRK. Selbst wenn auf das Ausstandsbegehren einzutreten wäre, würde es die Kammer aus den nachfolgenden Gründen abweisen.
 - 7.1 Die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat in BGE 144 I 70 ausführlich dargelegt, dass die kritisierte Spruchkörperbildung mit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Ausschlaggebend war, dass sich die Kriterien für die Spruchkörperbildung in hinreichender Klarheit aus Art. 44 Abs. 1 GSOG und der dazugehörigen Praxis ergeben (BGE 144 I 70 E. 5-6, insbesondere E. 6.3 S. 79). Diese Rechtsprechung wurde zwischenzeitlich mehrfach bestätigt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 1B_527/2017, 1B_529/2017, 1B_546/2017, 1B_547/2017, 1B_551/2017, 1B_140/2018, 1B_183/2018 je vom 11. Mai 2018 E. 4.5; 1B_77/2018 vom 8. Mai 2018 E. 3.4; 1B_182/2018 vom 8. Mai 2018 E. 4.5; 1B_120/2018 vom 29. Mai 2018 E. 4.4; 1B_137/2018 vom 4. Juni

2018 E. 5.6; 1B_184/2018 vom 4. Juni 2018 E. 3.4; 1B_197/2018 vom 4. Juni 2018 E. 3.4; 1B_275/2018 vom 28. Juni 2018 E. 4.2). Die bundesgerichtlichen Ausführungen in BGE 144 I 70, wonach die Spruchkörperbildung mit den verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sei und welche die Spruchkörperbildung in der Beschwerdekammer zum Gegenstand hatten, gelten vorliegend, wo es um die 2. Strafkammer geht, umso mehr, zumal die Spruchkörperbildung hier nach Listen und gestützt auf das Zufallsprinzip erfolgt. Dass dieses Vorgehen Art. 44 Abs. 1 GSOG widerspricht, ist laut Bundesgericht nicht ersichtlich, insbesondere weil dem Sekretariat bei der Verwaltung der Listen kein Ermessen zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_137/2018 vom 4. Juni 2018 E. 5.6; mit Verweis auf Urteil 1C_187/2017 vom 20. März 2018 E. 7).

Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hielt in ihren Urteilen 6B_63/2018 und 6B_1458/2017 vom 21. Juni 2018 demgegenüber fest, am Obergericht des Kantons Bern würden abgesehen von der Geschäftslastverteilung keine abstrakten, im Voraus definierten transparenten und nachprüfbaren Kriterien existieren, die das Ermessen des Abteilungspräsidenten bei der Spruchkörperbesetzung – ähnlich denjenigen für das Bundesgericht – in sachlicher Weise einschränken würden. Eine derartige Spruchkörperbildung erscheine äusserst problematisch und könne höchstens als Übergangslösung genügen (Urteile des Bundesgerichts 6B_63/2018 und 6B_1458/2017 vom 21. Juni 2018 E. 3.2.3; je mit Hinweis). Auf seine in BGE 144 I 70 begründete und seither mehrfach bestätigte Rechtsprechung nahm das Bundesgericht soweit ersichtlich nicht Bezug. Ausserdem gilt es festzuhalten, dass die beiden Urteile des Bundesgerichts 6B_63/2018 und 6B_1458/2017 vom 21. Juni 2018 die Beschwerdekammer des Obergerichts des Kantons Bern betreffen und nicht die Strafkammern, für welche schon immer konkrete Geschäftsverteilungslisten existierten.

- 7.2 Die Fallzuteilung und Spruchkörperzusammensetzung am Obergericht des Kantons Bern ist neu in Art. 27a OrR OG geregelt, in Kraft seit 1. September 2018. In Anlehnung an Art. 40 des Reglements für das Bundesgericht (BGerR; SR 173.110.131) sind in dieser Bestimmung sachliche Kriterien vorgesehen, welche der Abteilungspräsident oder die jeweilige Verfahrensleitung bei der Besetzung des Spruchkörpers berücksichtigen muss. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

«1 Eingehende Fälle werden schematisch auf die zuständigen Gerichtseinheiten verteilt. In gleicher Weise wird der jeweilige Spruchkörper gebildet. Diese Regelung gilt sinngemäss für den Einsatz der Ersatzmitglieder.

2 Das Präsidium der Abteilung oder die Verfahrensleitung kann abweichend davon den Spruchkörper gestützt auf gesetzliche Bestimmungen sowie weitere sachliche Kriterien und Umstände bilden.

3 Bei der Bestimmung des Spruchkörpers sind namentlich folgende Kriterien und Umstände zu berücksichtigen:

- a Ausgewogene Belastung der Richterinnen und Richter; dabei ist funktionsbedingten Zusatzbelastungen Rechnung zu tragen,
 - b Muttersprache der Referentin oder des Referenten je nach Verfahrenssprache,
 - c Mitwirkung von Mitgliedern beiderlei Geschlechts je nach Natur der Streitsache,
 - d spezifische Fachkenntnisse in einem bestimmten Fachbereich,
 - e Abwesenheiten wie Krankheit, Ferien, etc.
- 4 Konnexen Fälle werden in der Regel vom gleichen Spruchkörper beurteilt.»

Es bestehen somit neu detaillierte gesetzliche Kriterien, nach denen sich die Spruchkörperbildung zu richten hat. Diese Regelung kam bei der Festlegung der Kammerbesetzung im Verfahren SK 17 426 noch nicht zur Anwendung. Dies ändert jedoch nichts, zumal das Bundesgericht in BGE 144 I 37 E. 2. S. 38 ff. aufgezeigt hat, dass weder die Bundesverfassung noch die EMRK verlangen, bei der Spruchkörperbesetzung jegliches Ermessen auszuschliessen (vgl. auch Urteil des Bundesgericht 1B_275/2018 vom 28. Juni 2018 E. 3.3). Die Besetzung des Spruchkörpers in der 2. Strafkammer war vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch bereits vor Inkrafttreten von Art. 27a OrR OG verfassungs- und konventionskonform, da sich die Kriterien für die Spruchkörperbildung in hinreichender Klarheit aus Art. 44 Abs. 1 GSOG und der dazugehörigen Praxis ergaben (vgl. dazu die Erwägungen unter Ziff. 3.1 hiervor).

Weitere Gründe, welche den Anschein der Befangenheit bei den Gesuchsgegnern zu begründen vermöchten, sind nicht ersichtlich. Namentlich gibt es keinerlei Hinweise auf Feindschaft oder sonstige Umstände, die ein faires Verfahren gegenüber dem Gesuchsteller in Frage stellen würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_185/2017 vom 21. August 2017 E. 2. mit Hinweis).

8. Das Gesuch vom 8. November 2018 erweist sich somit als offensichtlich unbegründet und wäre abzuweisen, wenn nicht ohnehin nicht darauf eingetreten würde. Das am 30. November 2018 gefällte Urteil bleibt somit bestehen (vgl. Art. 60 Abs. 1 StPO) und kann nur durch Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht angefochten werden.
9. 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). Vorliegend ist indes auch zu berücksichtigen, dass Rechtsanwalt B._____ seit Oktober 2017 bei der Strafabteilung des Obergerichts insgesamt 29 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 + 484; SK 17 491; SK 17 492; SK 17 493; SK 17 501; SK 17 504; SK 18 13; SK 18 35; SK 18 40; SK 18 61; SK 18 66; SK 18 94; SK 18 216; SK 18 222; SK 18 340; SK 18 339; SK 18 374). Die Kammer

trat auf die Ausstandsgesuche nicht ein oder wies diese ab, soweit darauf einzutreten war. Dass das vorliegende Ausstandsgesuch offensichtlich verspätet ist, wäre somit bei Beachtung minimaler Sorgfaltspflichten auf Anhieb erkennbar gewesen.

Die Kosten des Verfahrens werden deshalb ausnahmsweise dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers 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, werden die Kosten in Anwendung von Art. 24 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 1'500.00 bestimmt.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Auf das Ausstandsgesuch vom 30. November 2018 gegen die Besetzung der 2. Strafkammer im Verfahren SK 17 426 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Verfahrens werden bestimmt auf CHF 1'500.00 und Rechtsanwalt B._____ auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt B._____
 - Rechtsanwalt B._____
 - den Gesuchsgegnern

Bern, 18. Dezember 2018

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Niklaus

Die Gerichtsschreiberin:

Garó

i.V. Bruggisser

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.