

# **BE\_ZIVILSTRAF SK 2017 504 vom 17. Januar 2018**

BE Obergericht, 2018-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_SK\\_2017\\_504](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_SK_2017_504)

FR: BE\_ZIVILSTRAF SK 2017 504 du 17 janvier 2018

IT: BE\_ZIVILSTRAF SK 2017 504 del 17 gennaio 2018

## **Regeste**

Ausstandsgesuch | Prozessrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Eingabe vom 7. Dezember 2017 macht Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ geltend, namens von A. \_\_\_\_\_ (Beschuldigter, nachfolgend: Gesuchsteller) lehne er im Verfahren SK 17 417 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 26. Oktober 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 berechtigte 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).

### **E. 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. Die Kammer setzt sich vorliegend aus Mitgliedern der Strafkammern zusammen, die vom Gesuch vom 7. 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).

### **E. 3**

Im vorliegenden Beschluss wird einzig die Rüge gegen die Besetzung der 1. Strafkammer im Berufungsverfahren SK 17 417 geprüft. Ob die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung den Anschein der Befangenheit beim erstinstanzlichen Gerichtspräsidenten zu begründen vermag, wird die 1. Strafkammer in ihrer ordentlichen Besetzung im Hauptverfahren zu prüfen haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_197/2015 vom 21. Juli 2015 E. 2.2). Soweit der Gesuchsteller die Einstellung des Strafverfahrens beantragt (vgl. pag. 3), ist darüber ebenfalls im Hauptverfahren (SK 17 417) zu befinden und auf das Gesuch vom 7. Dezember 2017 nicht einzutreten.

### **E. 4**

Dokumente zu den Akten (Ziff. 7-15 und Ziff. 53 des Entscheids; pag. 9 ff. und pag. 29). 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. 29 ff.).

#### **E. 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).

#### **E. 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

#### **E. 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 Oberland verurteilte den Gesuchsteller mit Strafbefehl vom 24. Januar 2017 wegen mehrfachen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu je CHF 230.00, ausmachend CHF 9'200.00, und einer Verbindungsbusse von CHF 2'300.00 (pag. 130 f.). Mit Verfügung vom 29. März 2017 hielt die Staatsanwaltschaft am Strafbefehl fest, überwies die Akten dem Regionalgericht Oberland zur Durchführung des Hauptverfahrens und verzichtete auf eine Vorladung zur Hauptverhandlung (pag. 145). 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 26. Oktober 2017 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (pag. 207). Da sie weder Berufung noch Anschlussberu-

#### **E. 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

17 92 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 werden im Hinblick auf die mündliche Berufungsverhandlung vom 26. Februar 2018 von Amtes wegen ein aktueller Strafregisterauszug, ein aktueller Bericht über Administrativmassnahmen und ein aktueller Leumundsbericht des Gesuchstellers eingeholt (vgl. SK 17 417, pag. 215). Darüber hinaus sind keine speziellen Beweismassnahmen vorgesehen.

#### **E. 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. Namentlich gibt es keinerlei Hin-

#### **E. 5**

fung 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 besteht für die Generalstaatsanwaltschaft keine Erscheinungspflicht (Art. 405 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 337 Abs. 3 und 4 StPO).

#### **E. 6**

weise 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). 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.

## **E. 7**

Die 1. Strafkammer beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.