

# **BE\_ZIVILSTRAF SK 2018 94 vom 4. Mai 2018**

BE Obergericht, 2018-05-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_SK\\_2018\\_94](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_SK_2018_94)

FR: BE\_ZIVILSTRAF SK 2018 94 du 4 mai 2018

IT: BE\_ZIVILSTRAF SK 2018 94 del 4 maggio 2018

## **Regeste**

Ausstandsgesuch | Prozessrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Schreiben vom 12. März 2018 machte Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ namens von A.\_\_\_\_\_ (Beschuldigter, nachfolgend: Gesuchsteller) geltend, die Einsetzung von Oberrichter C.\_\_\_\_\_ werde wegen eines Verstosses gegen Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) abgelehnt. Gegenstand des Berufungsverfahrens SK 18 83 sei ein Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland. Gemäss Staatskalender des Kantons Bern sei Oberrichter C.\_\_\_\_\_ Gerichtspräsident am Regionalgericht Bern-Mittelland (pag. 1). Mit Schreiben vom 16. März 2018 wurde Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ darauf hingewiesen, dass Oberrichter C.\_\_\_\_\_ vom Grossen Rat des Kantons Bern als ordentlicher Richter an das Obergericht gewählt wurde und seit dem 1. März 2018 in der 1. Strafkammer tätig ist. Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ wurde aufgefordert, bis am 24. März 2018 mitzuteilen, ob er unter diesen Umständen am Ausstandsgesuch festhalte (pag. 5). Er reichte hierzu innert Frist keine Stellungnahme ein. Mit Eingabe vom 20. März 2018 rügte der Gesuchsteller einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK in seiner Ausprägung als Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiliches Gericht. Die Staatsanwaltschaft sei an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nicht anwesend gewesen. Zudem habe die Generalstaatsanwaltschaft mit Schreiben vom 14. März 2018 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtet. Da der Gesuchsteller der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens nicht zustimmen werde, verstosse die Nichtanwesenheit der Anklage gegen Art. 6 EMRK. Hieraus begründe der Gesuchsteller die Besorgnis der fehlenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit gegenüber dem Berufungsgericht und dem erstinstanzlichen Gericht und lehne das Gericht wegen eines Verstosses gegen Art. 6 EMRK ab (pag. 7 ff.). Mit Eingabe vom 29. März 2018 reichte der Gesuchsteller ein Ausstandsgesuch gegen die Besetzung der 1. Strafkammer durch Oberrichter C.\_\_\_\_\_, Oberrichter E.\_\_\_\_\_ und Oberrichter D.\_\_\_\_\_ wegen eines Verstosses gegen Art. 6 EMRK in seiner Ausprägung als Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiliches Gericht ein (pag. 13 ff.). Zur Begründung führte er insbesondere aus, Oberrichter C.\_\_\_\_\_ und Oberrichter E.\_\_\_\_\_ seien Mitglieder der SVP. Im Internet sei nicht ersichtlich, ob auch Oberrichter D.\_\_\_\_\_ der SVP angehöre, so dass das Ausstandsgesuch auch ihn umfasse. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei die Frage, ob gegen Rechte und Freiheiten der EMRK verstossen worden sei. Aufgrund der von der SVP lancierten «Selbstbestimmungsinitiative» bestehe die berechtigte Besorgnis der Befangenheit der abgelehnten Oberrichter (pag. 15 ff.). Die EMRK solle nach dem Willen

der SVP gekündigt werden. Es munde eigentümlich an, das SVP-Richter unbefangen und unbeeinflusst über Rechte und Freiheiten der EMRK entscheiden können sollen, wenn gleichzeitig seitens der eigenen Partei aktiv gegen die EMRK Politik betrieben werde (pag. 17).

## **E. 2**

Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen, so hat sie der Verfahrensleitung ohne Verzug ein entsprechendes Gesuch zu stel-

## **E. 3**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verfahren SK 18 83 mit der Garantie des unabhängigen und unparteiischen Gerichts gemäss Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar ist. Ob die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung den Anschein der Befangenheit bei der erstinstanzlichen Gerichtspräsidentin 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, ist darüber ebenfalls im Hauptverfahren zu befinden und auf das Gesuch vom 20. März 2018 nicht einzutreten.

## **E. 4**

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. 5**

Oberrichter C.\_\_\_\_\_ wurde am 22. November 2017 vom Grossen Rat des Kantons Bern als ordentlicher Richter an das Obergericht gewählt und anschliessend vom Plenum des Obergerichts der Strafabteilung und von der Strafabteilungskonferenz der 1. Strafkammer zugeteilt. Er trat sein Amt am 1. März 2018 an. Dass Oberrichter C.\_\_\_\_\_ Mitglied der 1. Strafkammer ist, ist auch im Staatskalender ([www.justice.be.ch](http://www.justice.be.ch)) ersichtlich. Als Oberrichter hat er Urteile sämtlicher Regionalgerichte zu überprüfen, auch diejenigen des Regionalgerichts Bern-Mittelland. Die Zuteilung des Verfahrens an Oberrichter C.\_\_\_\_\_ ist daher nicht geeignet, Misstrauen in seine Unparteilichkeit zu erwecken.

## **E. 6**

e contrario StPO). Entsprechend war die Vorinstanz auch nicht gehalten, die Staatsanwaltschaft zur Hauptverhandlung vorzuladen. Die Generalstaatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 14. März 2018 auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren (SK 18 83, pag. 197). Da ausschliesslich eine Übertretung Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bildete (Art. 323 Ziff. 1 i.V.m. Art. 103 des Schweizerischen Strafgesetzbuches [StGB; SR 311.0]), ordnete die Verfahrensleitung mit Verfügung vom 28. März 2018 die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens an (Art. 406 Abs. 1 Bst. c StPO; pag. 203 f.). Die Verfahrensleitung war somit nicht gehalten, die Generalstaatsanwaltschaft zu einer mündlichen Berufungsverhandlung vorzuladen bzw. sie zur Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren zu verpflichten (Art. 405 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 337 Abs. 3 und 4 StPO und Art. 406 Abs. 1 Bst. c StPO).

### **E. 6.1**

Der Gesuchsteller macht geltend, aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) gehe hervor, dass bei Abwesenheit der Staatsanwaltschaft berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit des Gerichts bestünden. Er verweist auf drei Russland betreffende Verfahren und bringt vor, entscheidend sei bei diesen jeweils nicht gewesen, ob eine Gesetzesbestimmung die Teilnahme der Staatsanwaltschaft vorgeschrieben habe, sondern einzig die Tatsache, dass ein Gericht bei Nichterscheinen der Staatsanwaltschaft die Rolle der Anklage übernommen habe (Urteile Ozerov gegen Russland, Nr. 64962/01, vom 18. Mai 2010; Krivoschapkin gegen Russland, Nr. 42224/02, vom 27. Januar 2011 und Karelin gegen Russland, Nr. 926/08, vom 20. September 2016; pag. 7 ff.).

### **E. 6.2**

In den erwähnten Entscheiden beanstandete der EGMR, dass das Strafgericht kein kontradiktorisches Verfahren durchgeführt, sondern in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft deren Funktionen übernommen habe. Dabei schenkte der Gerichtshof dem Umstand, dass das Strafgericht aus eigenem Antrieb Beweismittel erhob und insbesondere Zeugen befragte, besonderes Augenmerk (Urteile Ozerov, Ziff. 53; Krivoschapkin, Ziff. 44; vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_17/2018 vom 21. März 2018 E. 4.3). Im Entscheid Ozerov gegen Russland 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 durch neu erhobene Beweismittel verändert. 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 (Urteil Ozerov, Ziff. 54). Im Entscheid Karelin gegen Russland bemängelte der EGMR nicht die fehlende Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung, sondern dass während des gesamten Verfahrens keine Strafverfolgungsbehörde tätig wurde. Das

5 Verfahren wurde durch das Ordnungswidrigkeitsprotokoll eines Polizeibeamten eingeleitet, ohne dass dieser die Funktion einer Anklagebehörde übernahm. Entsprechend fehlte es gänzlich an einer Strafverfolgungsbehörde (Urteil Karelin, Ziff. 64-68). Der EGMR war nicht davon überzeugt, dass genügende Massnahmen getroffen worden seien, um Zweifel an der Unbefangenheit des Gerichts auszuschliessen (Urteil Karelin, Ziff. 75). Sofern eine mündliche Verhandlung für angemessen gehalten werde und sofern die beschuldigte Person nach gehöriger Vorladung nicht gültig darauf verzichtet habe, sei das Vorhandensein einer Strafverfolgungsbehörde grundsätzlich geeignet, begründete Zweifel abzuwenden, die ansonsten an der Unbefangenheit des Gerichts bestehen könnten (Urteil Karelin, Ziff. 76). Das Bundesgericht gelangte in seinem Urteil 1B\_17/2018 vom 21. März 2018 zum Schluss, aus dieser Rechtsprechung des EGMR gehe hervor, dass die Frage, ob das Sachgericht als parteilich erscheine, weil es in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft deren Rolle übernehme, von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Die Frage der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK könne erst anhand des konkreten Vorgehens des Gerichts anlässlich der Verhandlung schlüssig beantwortet werden (Urteil des Bundesgerichts 1B\_17/2018 vom 21. März 2018 E. 4.4).

### **E. 6.3**

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). 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). Das Berufungsgericht kann die Berufung in einem schriftlichen Verfahren behandeln, wenn ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Urteils bilden und mit der Berufung nicht ein Schuldspruch wegen eines Verbrechens oder Vergehens beantragt wird (Art. 406 Abs. 1 Bst. c StPO).

#### **E. 6.4**

Vorliegend verurteilte die regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland den Geschädigten mit Strafbefehl vom 10. August 2016 wegen Ungehorsams im Betreuungsverfahren zu einer Busse von CHF 300.00 (SK 18 83, pag. 15 f.). Mit Verfügung vom 23. August 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 (SK 18 83, pag. 25). Der Strafbefehl gilt folglich als Anklageschrift (Art. 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. 6.5**

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die erwähnten Urteile des EGMR nicht zur Folge haben, dass die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft in jedem Fall geeignet ist, die Unparteilichkeit des Gerichts in Frage zu stellen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_17/2018 vom 21. März 2018 E. 4.4; Ziff. 6.2 vorne). Das vorliegende Verfahren unterscheidet sich wesentlich vom Verfahren Ozerov gegen Russland, bei dem das Gericht offensichtlich mehrere Verfahrenshandlungen vornehmen musste, die eigentlich der Staatsanwaltschaft obliegen hätten, so beispielsweise die Befragung der Belastungszeugen. Demgegenüber sind Einvernahmen nach der StPO grundsätzlich von der Verfahrensleitung durchzuführen (vgl. Art. 341 Abs. 1 StPO). Da vorliegend ausschliesslich eine Übertretung Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bildete, werden im oberinstanzlichen Verfahren keine neuen Beweise abgenommen (vgl. Art. 398 Abs. 4 StPO). Das Berufungsgericht übernimmt folglich nicht die Rolle der Staatsanwaltschaft. Anders als im Verfahren Karelin gegen Russland wurde vorliegend eine Strafverfolgungsbehörde tätig. Die zuständige Staatsanwaltschaft erliess einen Strafbefehl, der als Anklageschrift gilt. Eine Änderung oder Ausdehnung der Anklage vor Gericht ist ausgeschlossen.

#### **E. 6.6**

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 Generalstaatsanwaltschaft auf die Teilnahme am oberinstanzlichen Verfahren verzichtete, ist vorliegend nicht geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit der Gesuchsgegner zu erwecken.

#### **E. 7**

vom 15. März 2012 E. 2.3 mit Hinweisen). Gleiches gilt für die Tatsache, dass ein Richter derselben politischen Partei angehört wie ein Mitglied des Spruchkörpers der Vorinstanz (Urteil des Bundesgerichts 1C\_426/2014 vom 24. November 2014 E. 3.3 mit Hinweis). Vorstösse einer politischen Partei – auch die vom Gesuchsteller konkret erwähnte Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» – sind auf die Zukunft gerichtet und vermögen nichts an der aktuell in der Schweiz geltenden Rechtslage zu ändern. Die Schweiz hat die EMRK am 28. November 1974 ratifiziert und sich damit zur Einhaltung der Konventionsgarantien verpflichtet. Die Mitglieder des Obergerichts des Kantons Bern sind ungeachtet ihrer politischen Gesinnung und ihrer Parteizugehörigkeit in der Lage, strafrechtliche Vorwürfe objektiv zu beurteilen und hängige Strafverfahren auch auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK hin zu überprüfen. Zudem ist entgegen der Behauptung des Gesuchstellers in keiner Weise ersichtlich, weshalb das vorliegende Übertretungsverfahren für die politische Bestrebung eines Austritts aus der EMRK missbraucht werden könnte (vgl. pag. 17). Daran vermag auch der Umstand, dass sich Obergerichter der Wiederwahl durch den Grossen Rat stellen müssen, nichts zu ändern. 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). Die Gesuche vom 12., 20. und 29. März 2018 erweisen sich somit als offensichtlich unbegründet und sind abzuweisen.

#### **E. 8**

SK 17 501; SK 17 504; SK 18 13; SK 18 35; SK 18 40; SK 18 61; SK 18 66). Die Kammer trat auf die Ausstandsgesuche nicht ein oder wies diese ab, soweit darauf einzutreten war. Sie hielt bereits in mehreren Beschlüssen ausdrücklich fest, dass die Abwesenheit der Staatsanwaltschaft an Haupt- und Berufungsverhandlungen nicht geeignet ist, Misstrauen in die Unparteilichkeit der jeweiligen Gesuchsgegner zu erwecken (SK 17 492; SK 17 493; SK 17 504; SK 18 61; SK 18 66). Hinzu kommt, dass die Verteidigung mit Schreiben vom 16. März 2018 darauf hingewiesen wurde, dass Oberrichter C. \_\_\_\_\_ vom Grossen Rat des Kantons Bern als ordentlicher Richter an das Obergericht gewählt wurde und seit dem 1. März 2018 in der 1. Strafkammer tätig ist. Dass die Gesuche vom 12., 20. und 29. März 2018 offensichtlich unbegründet sind, wäre somit bei Beachtung minimaler Sorgfaltspflichten auf Anhieb erkennbar gewesen. 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, werden die Kosten in Anwendung von Art. 24 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 1'000.00 bestimmt.

#### **E. 9**

Die 1. Strafkammer beschliesst: 1. Die Gesuche vom 12. März 2018, 20. März 2018 und 29. März 2018 gegen die Besetzung der 1. Strafkammer im Verfahren SK 18 83 (Oberrichter C.\_\_\_\_\_, Oberrichter D.\_\_\_\_\_ und Oberrichter E.\_\_\_\_\_) werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. 2. Die Kosten des Verfahrens werden bestimmt auf CHF 1'000.00 und Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ auferlegt. 3. Zu eröffnen: - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ - Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ - den Gesuchsgegnern Bern, 4. Mai 2018 Im Namen der 1. Strafkammer Der Präsident i.V.: Oberrichter Niklaus Die Gerichtsschreiberin: Bettler i.V. Garo 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.

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