Urteilskopf

144 I 234

20. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern und A. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1442/2017 vom 24. Oktober 2018

Regeste (de):
Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 6, 337 Abs. 1, 3 und 4, Art. 340 Abs. 1 lit. b, Art. 341, 343, 389 Abs. 2 und 3 StPO; Beweisführung des Gerichts an der mündlichen Verhandlung in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft; Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht.

Art. 337 StPO regelt, wann die Staatsanwaltschaft zur persönlichen Vertretung der Anklage vor Gericht verpflichtet ist bzw. wann ihr die persönliche Teilnahme an der Gerichtsverhandlung freisteht. Das gesetzmässige Vorgehen des Gerichts bei der Beweisführung, wie es in der StPO auch in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft vorgesehen ist, führt nicht per se zur Befangenheit der betroffenen Richter. Das Gericht ist zur Beweisführung an der mündlichen Verhandlung unabhängig davon verpflichtet, ob die Staatsanwaltschaft anwesend ist oder nicht. Es übernimmt damit nicht die Rolle der Staatsanwaltschaft (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 30 al. 1 Cst.; art. 6 par. 1 CEDH; art. 6, 337 al. 1, 3 et 4, art. 340 al. 1 let. b, art. 341, 343, 389 al. 2 et 3 CPP; administration des preuves en l'absence du ministère public aux débats; exigence d'un tribunal indépendant et impartial.

L'art. 337 CPP définit les cas pour lesquels le ministère public est tenu de soutenir en personne l'accusation devant le tribunal, respectivement ceux pour lesquels sa participation personnelle aux débats est facultative. Le cadre légal de l'intervention du tribunal lors de la procédure probatoire, tel que décrit par le CPP, est le même en l'absence du ministère public et ne conduit pas en soi à la partialité du juge. Lors des débats, le tribunal est ainsi tenu de mener la procédure probatoire, indépendamment du fait que le ministère public soit présent ou non. En cela, le tribunal ne se substitue pas au ministère public (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 30 cpv. 1 Cost.; art. 6 n. 1 CEDU; art. 6, 337 cpv. 1, 3 e 4, art. 340 cpv. 1 lett. b, art. 341, 343, 389 cpv. 2 e 3 CPP; assunzione di prove al dibattimento in assenza del pubblico ministero; diritto a un tribunale indipendente e imparziale.

L'art. 337 CPP definisce i casi in cui il pubblico ministero è tenuto a sostenere personalmente l'accusa al dibattimento, rispettivamente quelli in cui la sua partecipazione personale alle udienze dibattimentali è facoltativa. L'assunzione di prove da parte del giudice conformemente alla legge, così come prevista dal CPP anche in assenza del pubblico ministero, non implica di per sé una prevenzione del giudice. Questi è tenuto a espletare la procedura probatoria al dibattimento, indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico ministero. Non si sostituisce con ciò al pubblico ministero (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 235

A. Das Regionalgericht Bern-Mittelland sprach X. mit Urteil vom 29. November 2016 der üblen Nachrede, begangen am 17. April 2014 zum Nachteil seiner Schwester A., schuldig. Es verurteilte ihn zu einer unbedingten Geldstrafe von 16 Tagessätzen zu Fr. 90.-, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 15. August 2014. A. sprach es eine Genugtuung von Fr. 1'000.- zu. X. erhob gegen dieses Urteil Berufung.

B. Das Obergericht des Kantons Bern bestätigte mit Urteil vom 13. November 2017 den erstinstanzlichen Schuldspruch. Es verurteilte X. zu einer bedingten Geldstrafe von 16 Tagessätzen zu Fr. 90.-, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 15. August 2014. Die Genugtuung an A. reduzierte es auf Fr. 500.-. Das schriftlich begründete Urteil wurde X. bzw. seinem Rechtsanwalt am 18. Januar 2018 zugestellt.

C. X. erhob am 19. Dezember 2017 Beschwerde in Strafsachen mit summarischer Begründung. Er beantragte unter anderem aufschiebende Wirkung. Mit Verfügung vom 25. Januar 2018 trat der Präsident der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht ein.

D. Am 19. Februar 2018 reichte X. eine weitere Beschwerdeschrift ein. Er beantragt darin, das Urteil vom 13. November 2017 sei aufzuheben und das Verfahren sei wegen eines nicht behebbaren Verstosses gegen Art. 6 EMRK einzustellen; eventualiter sei er freizusprechen und die Zivilforderung sei abzuweisen bzw. auf den Zivilweg zu verweisen; subeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. X. stellt zudem ein Ausstandsgesuch gegen die am Berufungsurteil vom 13. November 2017 beteiligten

Richter und beantragt, die vorliegende Beschwerde mit der bereits hängigen Beschwerde in Strafsachen (Verfahren 1B_513/2017) zu vereinen. Die von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts bestimmte Besetzung des Spruchkörpers werde wegen Besorgnis der Befangenheit vollständig abgelehnt. Am 28. Februar 2018 stellte X. zudem ein Ausstandsgesuch gegen die Bundesrichter Yves Rüedi und Monique Jametti. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten ist.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Der Beschwerdeführer erblickt einen Verstoss gegen den in Art. 6 EMRK verankerten Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht auch darin, dass die Staatsanwaltschaft in der erst- und zweitinstanzlichen Hauptverhandlung jeweils nicht anwesend war. Dass ein Gericht ohne Anwesenheit der Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person und Zeugen einvernehme sowie schriftliche Beweismittel untersuche, erwecke gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) berechtigte Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts, da dieses bei Nichterscheinen der Staatsanwaltschaft die Rolle der Anklage einnehme. Der Beschwerdeführer verweist auf drei Russland betreffende Urteile des EGMR (Urteile Ozerov gegen Russland vom 18. Mai 2010, Nr. 64962/01; Krivoshapkin gegen Russland vom

28. Januar 2011, Nr. 42224/02; und Karelin gegen Russland vom 20. September 2016, Nr. 926/08). In den erwähnten Entscheiden des EGMR sei nicht entscheidend gewesen, ob eine Gesetzesbestimmung die Teilnahme der Staatsanwaltschaft vorschrieb, sondern einzig, dass das Gericht bei Nichterscheinen der Staatsanwaltschaft die Rolle der Anklage übernommen habe.

5.2 Nach Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO haben die Parteien Anspruch auf ein gerechtes Verfahren. Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter entschieden wird. Art. 56 StPO konkretisiert diese grundrechtliche Garantie (BGE 138 I 425 E. 4.2.1 S. 428).

Voreingenommenheit und Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters begründet sein. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Für die Ablehnung ist nicht erforderlich, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 143 IV 69 E. 3.2 S. 74; BGE 141 IV 178 E. 3.2.1 S. 179; je mit Hinweisen).

5.3 Die vom Beschwerdeführer erwähnten Entscheide des EGMR betrafen Russland, wobei der EGMR jeweils eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK feststellte. Der EGMR berücksichtigte dabei insbesondere, dass die kontradiktorische Natur des Strafverfahrens in der russischen Verfassung verankert ist. Art. 248 der russischen Strafprozessordnung verpflichtete die Staatsanwaltschaft zudem, die Anklage zurückzuziehen, wenn sie zur Überzeugung gelangte, dass sich die Vorwürfe gestützt auf die Ergebnisse der gerichtlichen Beweiserhebung nicht mehr aufrechterhalten lassen (Urteile Ozervo, § 26 f.; Krivoshapkin, § 18). Das russische Verfassungsgericht entschied dazu insbesondere, es sei mit dem Anspruch auf ein kontradiktorisches Verfahren unvereinbar, wenn das Gericht eine Anklage aufrechterhalte, nachdem diese von der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 248 der russischen Strafprozessordnung fallengelassen worden sei, oder wenn das Gericht die Angelegenheit von sich aus zur Beweisergänzung an die Staatsanwaltschaft zurückweise, nachdem andere Beweise für unzulässig erklärt worden seien (Urteile Ozerov, § 27 f. und 52; Krivoshapkin, § 20 und 44). Im Urteil Ozerov verlas das Gericht in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft die Anklage. Es befragte die beschuldigte Person, die Opfer und von Amtes wegen auch andere Zeugen. Zudem erklärte es gewisse von der Staatsanwaltschaft erhobene Beweise für unverwertbar. Der EGMR kritisierte, es wäre an der Staatsanwaltschaft gewesen, darüber zu befinden, ob die Anklage gestützt auf die neue Beweislage aufrechtzuerhalten oder fallenzulassen sei (Urteil Ozerov, § 53 f.). Im Urteil Krivoshapkin verlas das Gericht ebenfalls in Abwesenheit der

Staatsanwaltschaft die Anklage und es befragte die beschuldigte Person und Zeugen. Zudem lehnte es einen Beweisantrag der Verteidigung auf Anhörung von Entlastungszeugen ab. Der EGMR beanstandete auch in diesem Urteil, das russische Gericht habe kein kontradiktorisches Verfahren durchgeführt, sondern in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft deren Funktionen übernommen (Urteil Krivoshapkin, § 44). Im Urteil Krivoshapkin kam

hinzu, dass die russische Strafprozessordnung auf den 1. Juli 2002 geändert wurde und das neue Recht, welches im Zeitpunkt des zweitinstanzlichen Entscheids bereits in Kraft war, die Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der Gerichtsverhandlung für zwingend erklärte (Urteil Krivoshapkin, § 19 und 45). Im Urteil Karelin ging es um ein russisches Verwaltungsstrafverfahren. Der EGMR hielt in diesem Entscheid im Sinne einer allgemeinen Regel fest, die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft sei angebracht, wenn eine mündliche Verhandlung opportun erscheine und der Beschuldigte auf seine eigene Anwesenheit nicht wirksam verzichtet habe. Es sei Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die Anklage zu präsentieren und gegenüber gegnerischen Argumenten zu verteidigen (Urteil Karelin, § 76 und 77). Im Rechtsmittelverfahren kann es sich nach dem EGMR anders verhalten, wenn das erstinstanzliche Verfahren in dieser Hinsicht korrekt durchgeführt wurde und der Beschuldigte nur Rechtsrügen vorbringt (Urteil Karelin, § 81; siehe dazu bereits Urteile 1B_197/2018 vom 4. Juni 2018 E. 4.3; 1B_37/2018 vom 4. Juni 2018 E. 3.3; 1B_184/2018 vom 4. Juni 2018 E. 5.3; 1B_17/2018 vom 21. März 2018 E. 4.3). Im Urteil Karelin war letztlich entscheidend, dass es gemäss dem EGMR an einer eigentlichen Anklagebehörde fehlte (vgl. Urteil Karelin, § 61 ff.).

5.4 In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die relativ weitgehende Rechtsprechung des EGMR in Sachen Ozerov und Krivoshapkin könnte auch für die Schweiz von Bedeutung sein (SARAH SUMMERS, Überlegungen zur Unparteilichkeit und der richterlichen Befragung, in: Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 443 ff., 448). Die richterliche Aktivität bei Befragungen der beschuldigten Person und der Zeugen scheine das Potential zu haben, die richterliche Unparteilichkeit infrage zu stellen (SUMMERS, a.a.O., S. 456).

5.5 Die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts entschied unter Bezugnahme auf die zuvor erwähnten Entscheide des

EGMR verschiedentlich, die Frage, ob das Sachgericht als parteilich erscheine, weil es in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft deren Rolle übernehme, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Frage der Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK könne daher erst anhand des konkreten Vorgehens des Gerichts anlässlich der Verhandlung schlüssig beantwortet werden (vgl. Urteile 1B_197/2018 vom 4. Juni 2018 E. 4.4; 1B_37/2018 vom 4. Juni 2018 E. 3.4; 1B_184/2018 vom 4. Juni 2018 E. 5.4; 1B_17/2018 vom 21. März 2018 E. 4.4).

5.6

5.6.1 Die schweizerische StPO folgt anderen Regeln als das russische Recht, wie es sich aus den zuvor zitierten Urteilen des EGMR ergibt. Nach der StPO wird die Anklage von der Staatsanwaltschaft erhoben (vgl. Art. 324 ff. StPO). Das Gericht ist an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden (Art. 350 Abs. 1 StPO). Die Anklageschrift bzw. der darin umschriebene Sachverhalt bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Zugleich bezweckt die Anklageschrift den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 143 IV 63 E. 2.2 S. 65; BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 S. 142 f.; je mit Hinweisen).

5.6.2 Dem Gericht kommt nach der StPO bei der Beweisführung zwingend eine aktive Rolle zu. Es muss die beschuldigte Person an der mündlichen Hauptverhandlung von Amtes wegen sowohl zur Person als auch zur Sache befragen (vgl. Art. 341 Abs. 3 StPO; BGE 143 IV 408 E. 6.2 S. 414 f., BGE 143 IV 288 E. 1.4.2 f. S. 291 f.). Zudem muss es, falls erforderlich auch von Amtes wegen, neue Beweise erheben, unvollständig erhobene Beweise ergänzen und im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals erheben (Art.

6, Art. 343 Abs. 1 und 2, Art. 389 Abs. 2 und 3 StPO). Sofern die unmittelbare Kenntnis eines Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint, muss es sodann selbst im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweismittel nochmals erheben (Art. 343 Abs. 3 StPO). Die Befragung der beschuldigten Person, der Zeugen und Auskunftspersonen etc. erfolgt durch die Verfahrensleitung (d.h. durch den Präsidenten des Kollegialgerichts bzw. durch den Einzelrichter) oder ein von ihr bestimmtes Mitglied des Gerichts (Art. 341 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 lit. c und d StPO). Die Parteien, darunter auch

die Staatsanwaltschaft, können lediglich Ergänzungsfragen durch die Verfahrensleitung stellen lassen bzw. mit deren Ermächtigung selber stellen (Art. 341 Abs. 2 StPO).

5.6.3 Die StPO schreibt die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft an der mündlichen Hauptverhandlung nur vor, wenn diese eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt (Art. 337 Abs. 3 StPO) oder wenn das Gericht dies aus anderen Gründen für nötig erachtet (Art. 337 Abs. 4 StPO). Im Übrigen steht es der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 337 Abs. 1 StPO frei, dem Gericht schriftliche Anträge zu stellen oder persönlich vor Gericht aufzutreten. Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO stellt zudem klar, dass die Anklage an der Hauptverhandlung nach einer allfälligen Behandlung von Vorfragen nicht mehr zurückgezogen und unter Vorbehalt von Art. 333 StPO nicht mehr geändert werden kann. Allfällige Prozesshindernisse vorbehalten, kann eine beschuldigte Person nach Beginn des gerichtlichen Beweisverfahrens daher nur noch freigesprochen oder schuldig erklärt werden (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff., 1282 f. Ziff. 2.7.2.1, 2.7.2.2). Die Bestimmung dient insofern dem Schutz der beschuldigten Person, als diese in diesem Verfahrensstadium Anspruch darauf hat, dass die Frage ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit klar mit Ja oder Nein beantwortet wird (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 213; HAURI/VENETZ, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 340 StPO). Der Staatsanwaltschaft ist es daher nicht möglich, die Anklage z.B. bei einem sich vor Gericht abzeichnenden Freispruch zurückzuziehen, womit in der Öffentlichkeit der durch die Anklageerhebung bewirkte negative Eindruck über die Beschuldigten erhalten bleiben könnte (Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, 2001, S. 222 f.; HAURI/VENETZ, a.a.O., N. 3 zu Art. 340 StPO). Das schweizerische Recht unterscheidet sich auch insofern in einem wesentlichen Punkt vom russischen Recht, wie es den vom Beschwerdeführer zitierten Urteilen des EGMR zugrunde lag. Schliesslich kennt das schweizerische Recht auch keine Pflicht der Staatsanwaltschaft, die Anklageschrift an der mündlichen Verhandlung zu verlesen (vgl. dazu für das russische Recht Urteil Ozerov, § 28). Die Anträge der Staatsanwaltschaft werden an der Hauptverhandlung vielmehr von der

Verfahrensleitung bekanntgegeben, falls die Parteien nicht darauf verzichten (Art. 340 Abs. 2 StPO). Auch das Verlesen der Anklageschrift bzw. eine Zusammenfassung derselben obliegt - soweit überhaupt erforderlich - dem Gericht (vgl. dazu HAURI/VENETZ, a.a.O., N. 10 ff. zu Art. 340 StPO).

5.7 Die zuvor beschriebene aktive Rolle des Gerichts bei der Beweisführung ist dem schweizerischen System inhärent. Das Gericht ist dazu unabhängig davon verpflichtet, ob die Staatsanwaltschaft an der Gerichtsverhandlung anwesend ist oder nicht. Dass die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft keine grössere Auswirkung auf das Verhalten der Gerichtspersonen bei von ihnen durchgeführten Befragungen hat, ergibt sich auch

aus den Resultaten des unter Berücksichtigung der einschlägigen EGMR-Rechtsprechung durchgeführten Forschungsprojekts "Trial Observation". Ein Zusammenhang zwischen "übermässiger" richterlicher Aktivität und Abwesenheit der Staatsanwaltschaft konnte im Rahmen dieses Forschungsprojekts nicht festgestellt werden (siehe dazu SUMMERS, a.a.O., insb. S. 455). Ein solcher wird vom Beschwerdeführer denn auch weder allgemein noch konkret auf den vorliegenden Fall bezogen behauptet. Ebenso wenig kann gesagt werden, das Gericht übernehme bei den Befragungen die Rolle der Staatsanwaltschaft, da die Befragungspflicht - auch bei Anwesenheit der Staatsanwaltschaft - der Verfahrensleitung des Gerichts obliegt (Art. 341 Abs. 1 StPO). Schliesslich hat die Anwesenheit der Staatsanwaltschaft auch auf die Aufrechterhaltung der Anklage keinen Einfluss, nachdem diese - anders als im russischen Recht - an der Hauptverhandlung nach einer allfälligen Behandlung von Vorfragen nicht mehr zurückgezogen werden kann (Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO; oben E. 5.6.3). Das gesetzmässige Vorgehen des Gerichts bei der Beweisführung, wie es in der StPO auch in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft vorgesehen ist, führt daher nicht per se zur Befangenheit der betroffenen Richter (vgl. dazu bereits Urteil 6B_373/2018 vom 7. September 2018 E. 3.3.1).

5.8 Eine Verletzung des einschlägigen Verfahrensrechts durch die Vorinstanzen tut der Beschwerdeführer nicht dar. Dieser behauptet insbesondere nicht, die Gerichte hätten es anlässlich der Befragungen an der notwendigen Objektivität mangeln lassen oder aus anderen Gründen den Anschein der Befangenheit erweckt. Er macht zu Recht auch nicht geltend, diese hätten in Abwesenheit der

Staatsanwaltschaft Handlungen vorgenommen, wozu gesetzlich allein diese befugt gewesen wäre. Eine Verletzung des Anspruchs auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht ist entgegen der Kritik des Beschwerdeführers nicht ersichtlich. Dessen Rüge ist unbegründet. Damit kann offenbleiben, ob der Beschwerdeführer die Rüge der Parteilichkeit der erst- und zweitinstanzlichen Richter rechtzeitig vorbrachte (vgl. Art. 58 Abs. 1 StPO) und ob darauf im Zusammenhang mit der Beschwerde in Strafsachen gegen den Endentscheid überhaupt eingetreten werden kann.