

## **Strafprozessrecht Procédure pénale**

*Ausstand - KGE (Einzelrichter der Strafkammer) vom 25. April 2018, X. c. Richter Y. - TCV P3 18 99*

### **Die Personalunion von Straf- und Massnahmenvollzugsgericht sowie Zwangsmassnahmengericht bildet keinen Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. b StPO**

- Das Ausstandsgesuch mit dem formellen Einwand, der Straf- und Massnahmenvollzugsrichter könne nicht gleichzeitig als Zwangsmassnahmenrichter Sicherheitshaft anordnen, erfolgte verspätet (Art. 58 Abs. 1 StPO; E. 1.2).
- Die Personalunion zwischen dem Straf- und Massnahmenvollzugsrichter im selbständigen Nachverfahren gemäss Art. 363 ff. StPO und dem Zwangsmassnahmenrichter bei der Anordnung von Sicherheitshaft analog Art. 229-233 i.V.m. Art. 221 und Art. 220 Abs. 2 StPO bildet für sich noch keinen Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. b StPO (E. 2).

### **L'union personnelle entre le tribunal de l'application des peines et mesures ainsi que le tribunal des mesures de contrainte ne constitue pas en soi un motif de récusation au sens de l'art. 56 let. b CPP**

- La requête de récusation fondée sur l'objection formelle selon laquelle le juge du tribunal de l'application des peines et mesures ne pourrait pas simultanément, en tant que juge du tribunal des mesures de contrainte, ordonner la détention pour des motifs de sûreté était tardive (art. 58 al. 1 CPP ; consid. 1.2).
- L'exercice par un même magistrat de la fonction de juge de l'application des peines et mesures dans une procédure indépendante au sens des art. 363 ss CPP, d'une part, et de juge du tribunal des mesures de contrainte ordonnant une détention pour des motifs de sûreté par application analogique des art. 229 à 233 CPP en relation avec les art. 221 et 220 al. 2 CPP, d'autre part, ne constitue pas en soi un motif de récusation au sens de l'art. 56 let. b CPP (consid. 2).

## **Aus den Erwägungen**

**1.1** (...) Der Gesuchsteller stützt das Ausstandsgesuch gegen Richter Y. auf Art. 58 Abs. 1 i.V.m. Art. 56 lit. b StPO, womit die Beschwerdeinstanz zuständig ist (...).

**1.2** Das Ausstandsgesuch muss unmittelbar, sprich ohne Verzug, nach Kenntnisnahme eines Ausstandsgrundes eingereicht werden, da ansonsten der Anspruch verwirkt und ein Verstoss gegen Treu und

Glauben vorliegt (Art. 58 Abs. 1 StPO; BGE 140 I 271 E. 8.4.3, 138 I 1 E. 2.2, 136 I 207 E. 3.4, 134 I 20 E. 4.3.1; Bundesgerichtsurteile 1B\_27/2018 vom 29. März 2018 E. 1.6 und 1B\_512/2017 vom 30. Januar 2018 E. 3; Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. A., Zürich/ Basel/ Genf 2014, N. 3 zu Art. 58 StPO; Boog, Basler Kommentar, 2. A., N. 7 zu Art. 58 StPO). Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es namentlich nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang erst später vorzubringen (BGE 135 III 334 E. 2.2; Bundesgerichtsurteile 1B\_473/2016 vom 13. März 2017 E. 3 und 6B\_358/2016 vom 23. Februar 2017 E. 2.1). (...)

**1.2.2** (...) Vorliegend ist Richter Y. als Straf- und Massnahmenvollzugsrichter im Hauptverfahren P2 16 x seit November 2016 dafür zuständig über den Fortgang bzw. die Aufhebung der stationären therapeutischen Massnahmen zu befinden (Art. 59 Abs. 4 bzw. Art. 62d i.V.m. Art. 62c Abs. 1 StGB) sowie über eine allfällige Verwahrung oder den Vollzug der Reststrafe zu entscheiden (Art. 62c Abs. 2 bzw. Abs. 4 i.V.m. Art. 64 StGB). In seiner Funktion als Zwangsmassnahmenrichter ordnete Richter Y. bereits am 18. Januar 2018 Sicherheitshaft bis zum Entscheid im Hauptverfahren bzw. für längstens vier Monate bis zum 18. April 2018 an, welche Verfügung unangefochten in Rechtskraft erwuchs (P2 18 x). Der Gesuchsteller rügte weder in der vorgängigen Stellungnahme vom 17. Januar 2018, noch zu einem späteren Zeitpunkt die Personalunion zwischen dem Straf- und Massnahmenvollzugsrichter und dem Zwangsmassnahmenrichter. Insofern der Gesuchsteller nun hinsichtlich der Verlängerung der Sicherheitshaft die Personalunion kritisiert, während er dies bei der Anordnung der Sicherheitshaft nicht monierte, wird diese Rüge als verspätet erachtet und widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben.

Der diesbezügliche Einwand des Gesuchstellers in der Replik vom 17. April 2018, das Zwangsmassnahmengericht habe aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben inhaltlich beim Entscheid vom 18. Januar 2018 keinen Spielraum gehabt, weshalb er nicht opponiert habe, aber heute bestehe ein Ermessen des Zwangsmassnahmengerichts, ist nicht stichhaltig. Vorab erkannte das Bundesgericht im Urteil 6B\_1432/2017 vom 15. Januar 2018 lediglich, die Sache werde

„zur Prüfung der Anordnung von Sicherheitshaft an das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Wallis zurückgewiesen“. Damit stand dem Zwangsmassnahmengericht sehr wohl ein Ermessen zu und es hatte die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherheitshaft frei zu prüfen. Zweitens wäre der Vorwurf der Personalunion selbst dann, wenn das Zwangsmassnahmengericht keinen Spielraum gehabt hätte, bereits zu diesem früheren Zeitpunkt vorzubringen gewesen. Denn sofern der Vorwurf der Personalunion zwischen Straf- und Massnahmenvollzugsrichter und Zwangsmassnahmenrichter konsequent vertreten werden will, kann es keine Rolle spielen, ob das Gericht nun mit Ermessen entscheidet oder nicht.

Das Zwangsmassnahmengericht räumte dem Gesuchsteller zudem mit Verfügung vom 11. April 2018 die Möglichkeit ein, zum Gesuch um Verlängerung der Sicherheitshaft Stellung zu nehmen (P2 18 y). Da der Richter, welcher die Instruktion führt in der Regel auch später den Entscheid trifft (vgl. Art. 61 StPO; 20 Abs. 2 des Organisationsreglements der Walliser Gerichte vom 21. Dezember 2010 [ORG; SGS/VS 173.100]), musste dem Gesuchsteller bewusst sein, dass Richter Y. auch den Entscheid über die Verlängerung der Sicherheitshaft fällen wird. In seiner Stellungnahme vom 11. April 2018 brachte der Gesuchsteller jedoch nicht vor, der Zwangsmassnahmenrichter dürfe nicht gleichzeitig auch noch als Straf- und Massnahmenvollzugsrichter amten.

**1.3** Nach dem Dargelegten hatte der Gesuchsteller bereits früher die Möglichkeit, die Personalunion des Zwangsmassnahmenrichters und Straf- und Massnahmenvollzugsrichters zu rügen. Es ist daher unzulässig, diesen formellen Einwand, den er bereits in einem früheren Prozessstadium hätte geltend machen können, bei ungünstigem Ausgang des Entscheids über die Verlängerung der Sicherheitshaft zu rügen. Weitere Gründe, welche den Ausstand von Richter Y. zu rechtfertigen vermöchten, bringt der Gesuchsteller nicht vor. Demnach ist auf das Ausstandsgesuch nicht einzutreten.

**2.** Selbst wenn auf das Ausstandsgesuch einzutreten wäre, müsste dieses entsprechend den nachfolgenden Erwägungen abgewiesen werden.

**2.1** Art. 56 StPO zählt verschiedene Gründe auf, die zum Ausstand von in einer Strafbehörde tätigen Personen führen. Diese Bestimmung konkretisiert die Verfassungsbestimmung von Art. 30 Abs. 1 BV

(SR 101) sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101). Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters soll zu der für einen korrekten und regelkonformen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen. Da die Ausstandsregelung in einem Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV) steht, muss sie eine Ausnahme bleiben, soll die Zuständigkeitsordnung nicht ausgehöhlt werden. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Gerichtsperson oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein (vgl. BGE 142 I 172 E. 3, 141 IV 178 E. 3.2.1, 137 I 227 E. 2.1; Bundesgerichtsurteil 1B\_79/2017 vom 21. September 2017 E. 4 mit Hinweisen).

Nach Art. 56 StPO tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person insbesondere dann in den Ausstand, wenn sie in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, in der gleichen Sache tätig war (lit. b) oder aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte (lit. f). Voraussetzung nach Art. 56 lit. b StPO ist, dass die gleiche Person in der gleichen Sache (gleiche Parteien, Sachverhalt und Rechtsfragen) in einem früheren Verfahren eine funktionell andere Stellung einnahm. Massgeblich für die Annahme einer ausstandsbegründenden Vorbefassung ist, ob die beiden Behörden, in denen jemand in der gleichen Sache tätig war, in aufeinanderfolgenden und organisatorisch getrennten Funktionen gehandelt haben (Bundesgerichtsurteile 1B\_93/2017 vom 18. Mai 2017 E. 2.3.1, 1B\_348/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3 und 1B\_291/2015 vom 20. Oktober 2015 E. 3.3). Ist eine Gerichtsperson in derselben Stellung mit der gleichen Sache mehrfach befasst, liegt kein Fall der Vorbefassung gemäss Art. 56 lit. b StPO vor. Eine Mehrfachbefassung in diesem Sinn kann aber im Rahmen des Auffangtatbestands von Art. 56 lit. f StPO relevant werden (Bundesgerichtsurteil 1B\_27/2016, 1B\_45/2016 vom 4. Juli 2016 E. 4.3).

(...)

**2.2.1** Auf Ebene des Bundesrechts existieren keine Gesetzesbestimmungen, welche die Personalunion zwischen Zwangsmassnahmengericht und Straf- und Massnahmenvollzugsgericht in einem entsprechenden Fall verbieten. Art. 18 Abs. 2 StPO hält lediglich fest, dass Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts im gleichen Fall nicht als Sachrichter tätig sein können. Die ratio legis von Art. 18 Abs. 2 StPO ergibt sich auch aus der Konzeption der Art. 129 ff. StPO: So lange kein materielles Urteil in der Sache (Schuld- oder Freispruch) getroffen wurde, soll derjenige Richter, welcher das Sachurteil zu treffen hat, nicht gleichzeitig über die Anordnung bzw. Verlängerung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft befinden. Nachher „bedarf es des Zwangsmassnahmengerichts nicht, denn in diesem Zeitpunkt besteht die Gefahr nicht mehr, der Entscheid über die Sicherheitshaft könnte den Anschein von Befangenheit erwecken“ (vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 1085 1234 f.).

Bei Entscheiden im selbständigen Nachverfahren gemäss Art. 363 ff. StPO befasst sich nicht der „Sachrichter“ im Sinne von Art. 18 Abs. 2 StPO mit der erstmaligen materiell-rechtlichen Beurteilung der Tatvorwürfe, sondern ein Gericht hat sich im Nachgang an ein in Rechtskraft erwachsenes Strafurteil hauptsächlich in Bezug auf die Massnahme oder den Vollzug der Strafe nochmals mit der Sache zu befassen. In den Verfahren gemäss Art. 363 ff. StPO geht es mithin um die nachträgliche Abänderung oder Ergänzung der Sanktionsfolgen von rechtskräftigen Strafurteilen. Das ursprüngliche Verfahren wird fortgesetzt und es soll einer späteren Entwicklung Rechnung getragen werden (BGE 141 IV 396 E. 3.1). Damit ist die Situation auch nicht mit der vom Gesuchsteller dargelegten vergleichbar, in welcher ein Sachrichter, bevor er das erstinstanzliche Urteil fällt, als Haftrichter amtiert. Der nachträgliche selbständige Entscheid gemäss Art. 363 ff. StPO über die Aufhebung einer stationären therapeutischen Massnahme bzw. über den Vollzug der Reststrafe oder die Anordnung einer Verwahrung (Art. 62c Abs. 1, 2 und Abs. 4 StGB) entspricht vielmehr dem Entscheid des Sachrichters, welcher nach dem erstinstanzlichen Urteil Sicherheitshaft anordnet oder jenem der Verfahrensleitung im Berufungsverfahren (Art. 231 Abs. 1 und Art. 232 Abs. 1 StPO; vgl. vergleichbarer Fall unter dem alten Prozessrecht BGE 128 I 184). (...)

**2.2.2** Art. 56 lit. b StPO verbietet die Gerichtstätigkeit derselben Person „in einer anderen Stellung“ und „in der gleichen Sache“. Wenn ein Straf- und Massnahmenvollzugsrichter gleichzeitig als Zwangsmassnahmenrichter tätig wird, amtiert er in der gleichen organisatorischen Einheit (Art. 12 Abs. 4 RPfIG; Bundesgerichtsurteil 6B\_1432/2017 vom 15. Januar 2018 E. 1.6) und nicht in aufeinanderfolgenden Funktionen. Das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmenrichter verläuft in der Regel parallel zum Hauptverfahren, weshalb es sich hierbei nicht um eine unter- oder übergeordnete Funktion zum Straf- und Massnahmenvollzugsrichter handelt. Damit liegt keine „anderen Stellung“ im Sinne von Art. 56 lit. b StPO vor, wenn der Straf- und Massnahmenvollzugsrichter gleichzeitig als Zwangsmassnahmenrichter amtiert (vgl. Bundesgerichtsurteil 1B\_93/2017 vom 18. Mai 2017 E. 2.3.1, 1B\_348/2015 vom 17. Februar 2016 E. 3 und 1B\_291/2015 vom 20. Oktober 2015 E. 3.3).

**2.2.3** Fraglich ist zudem, ob das Zwangsmassnahmengericht „in der gleichen Sache“ tätig wird, wenn es parallel zum selbständigen Nachverfahren gemäss Art. 363 ff. StPO zwecks Überprüfung von stationären therapeutischen Massnahmen (Art. 59 Abs. 4 oder Art. 62d i.V.m. Art. 62c Abs. 1 StGB) in analoger Anwendung von Art. 229-233 i.V.m. Art. 221 und Art. 220 Abs. 2 StPO Sicherheitshaft anordnet (vgl. BGE 142 IV 105 E. 5.5, 141 IV 49 E. 2.6, 139 IV 175 E. 1.1 f., 137 IV 333 E. 2). Massgebendes Kriterium für die Beurteilung dieser Frage ist, ob das Verfahren in Bezug auf den konkreten Sachverhalt und die konkret zu entscheidenden Rechtsfragen trotz der Vorbestimmung offen erscheint und nicht der Anschein der Vorbestimmtheit erweckt wird (BGE 117 Ia 182 E. 3, 116 Ia 34 E. 3a). Ob dies zutrifft, hängt auch davon ab, welche Fragen der Zwangsmassnahmenrichter zu entscheiden hat und welche Aspekte später beim Entscheid im Hauptverfahren vor dem Straf- und Massnahmenvollzugsgericht zu beurteilen sind.

Der Zwangsmassnahmenrichter hat bei der Anordnung von Sicherheitshaft während dem selbständigen nachträglichen Verfahren zwecks Überprüfung einer stationären therapeutischen Massnahme abzuklären, ob die Voraussetzungen für die Anordnung bzw. Verlängerung der Haft erfüllt sind. Die Prüfung des dringenden Tatverdachts entfällt, da bereits eine rechtskräftige Verurteilung vorliegt. Hingegen bedarf es einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass das Verfahren zu einer Massnahme führt und es wird ein besonderer Haftgrund

vorausgesetzt (BGE 137 IV 333 E. 2.3.1). Demgegenüber geht es beim selbständigen Nachverfahren darum zu prüfen, ob die Massnahme im Hinblick auf die psychische Störung wirksam ist und der Gefahr weiterer damit zusammenhängender Verbrechen und Vergehen begegnet werden kann (Art. 59 Abs. 4 StGB) oder ob die Massnahme wegen Erfolgs- und Aussichtslosigkeit aufzuheben ist (Art. 62d i.V.m. Art. 62c Abs. 1 lit. a StGB). Obwohl beide Entscheide teils auf ähnlichen Sachverhaltselementen beruhen, steht bei der Beurteilung der Sicherheitshaft die Frage des Haftgrundes im Zentrum und bei der Überprüfung der Massnahme die Wirksamkeit und Erforderlichkeit ebendieser.

Das Zwangsmassnahmengericht setzte sich vorliegend im Zusammenhang mit der Anordnung und der Verlängerung der Sicherheitshaft eingehend mit dem Haftgrund der Wiederholungs- oder Fortsetzungsgefahr, namentlich mit der Rückfallgefahr, auseinander und bejahte diese. Die Wahrscheinlichkeit, dass „das Verfahren zu einer Massnahme führt“, nahm es mit Hinweis auf E. 1.7 des Bundesgerichtsurteils 6B\_1432/2017 vom 15. Januar 2018 ohne nähere Begründung an. Insoweit der Zwangsmassnahmenrichter sich nicht näher mit der Beurteilung der Massnahme auseinandergesetzt und diesbezüglich nicht bereits Stellung bezogen hat, kann im Hinblick auf das Hauptverfahren P2 16 x vor dem Straf- und Massnahmenvollzugsgericht auch keine diskutable Vorbefassung ausgemacht werden. Es kann nicht gesagt werden, das Verfahren, in dem der selbständige nachträgliche Entscheid getroffen wird, sei wegen des Umstandes, dass der Straf- und Massnahmenvollzugsrichter in der betreffenden Angelegenheit bereits als Zwangsmassnahmenrichter tätig war, nicht mehr offen und es werde der Anschein der Vorbestimmtheit erweckt. Daraus ergibt sich, dass die Personalunion von Straf- und Massnahmenvollzugsrichter und Zwangsmassnahmenrichter im selbständigen Nachverfahren gemäss Art. 363 ff. StPO grundsätzlich mit Bundes- und Verfassungsrecht vereinbar ist.

Mit Urteil 1B\_226/2018 vom 3. Juli 2018 wies das Bundesgericht die dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen ab.