

BE_ZIVILSTRAF BK 2018 366 vom 12. Oktober 2018

BE Obergericht, 2018-10-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_BK_2018_366

FR: BE_ZIVILSTRAF BK 2018 366 du 12 octobre 2018

IT: BE_ZIVILSTRAF BK 2018 366 del 12 ottobre 2018

Regeste

Ausstand | Ausstand (59)

Erwägungen

E. 1

Am 24. August 2018 stellte A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller), amtlich vertreten durch Fürsprecher B._____, ein Ausstandsgesuch gegen die verfahrenszuständige Gerichtspräsidentin E._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin 1) und die für das Verfahren eingesetzte Gerichtsschreiberin F._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin 2). Er beantragte, es sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Verfahren PEN 17 419 eine neue Besetzung des Einzelgerichts zu bestimmen. Die Gesuchsgegnerin 1 leitete am 27. August 2018 gestützt auf Art. 59 Abs. 1 Bst. b Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312) die Akten zwecks Prüfung des Ausstandes an die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern weiter. Gleichzeitig nahmen sie und die Gesuchsgegnerin 2 zum Gesuch inhaltlich Stellung. Sie erachteten sich als nicht befangen. Nachdem der Gesuchsteller die Frist zur Einreichung einer Replik zweimal verlängern liess, hielt er mit Schreiben vom 8. Oktober 2018 an seinem Rechtsbegehren fest. Dem Ausstandsgesuch ist Folgendes vorausgegangen: Mit Beschluss SK 17 47 + 48 der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. Oktober 2017 wurde das Urteil des Regionalgerichts Oberland (Gesuchsgegnerin 1 / Gesuchsgegnerin 2) vom 2. November 2016 im Verfahren PEN 15 336/338 gestützt auf Art. 409 Abs. 1 StPO betreffend den Gesuchsteller aufgehoben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Weiteren wurden die Beweisträger auf Durchführung und Würdigung der Einvernahmen von G._____, H._____, I._____, A._____ sowie Notar J._____ durch die 1. Strafkammer gutgeheissen. Das Verfahren wird neu vom Regionalgericht Oberland unter der Verfahrensnummer PEN 17 419 geführt.

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 stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat; die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (Art. 58 StPO). Zuständig für den Entscheid ist die Beschwerdekammer (Art. 59 Ziffer 1 lit. b StPO). Die Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Auf das form- und fristgerechte Ausstandsgesuch ist einzutreten.

E. 3

gebnis gelangt sei, die Verhandlung werde ohne die Einvernahmen von G._____, H._____ und von Notar J._____ weitergeführt, habe sie eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Folglich sei davon auszugehen, dass die

Gesuchsgegnerinnen aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung betreffend die von der 1. Strafkammer angeordneten Einvernahmen gebildet hätten und deswegen bei deren Durchführung und Würdigung befangen seien. In der Verfügung der Gesuchsgegnerin 1 vom 11. Juli 2018 werde der Verteidigung zudem unterstellt, dass diese die interessierenden Beweisanträge damals als nicht erforderlich erachtet haben dürfte. Daraus würden in unzulässiger Weise Schlüsse gegen den Gesuchsteller gezogen. Im Weiteren sei die nicht erfolgte Einvernahme von Notar J. _____ klar zu Lasten des Gesuchstellers verwendet worden. Dies zeige die E. 7 des Beschlusses der 1. Strafkammer, wonach gemäss Auffassung der Kammer die Beweismassnahmen geeignet seien, der Suche nach der materiellen Wahrheit zu dienen. Entgegen dem Untersuchungsgrundsatz habe die Gesuchsgegnerin 1 im Verfahren PEN 15 336/338 nicht nach der materiellen Wahrheit gesucht, indem die Einvernahmen nicht von Amtes wegen angeordnet worden seien. Da sich die Gesuchsgegnerin 1 nun gegen einen Ausstand mit einer 19-zeiligen, relativ forschen Argumentation wehre, deute dies darauf hin, dass sie nach den angeordneten Einvernahmen – egal welche Aussagen dort zu Protokoll genommen würden – das Urteil vom 2. November 2016 bestätigen werde. Vernünftigerweise müsse deshalb für eine erneute Beurteilung aus den 13 zur Verfügung stehenden Gerichtspräsidenten des Regionalgerichts Oberland nicht ausgerechnet die Gesuchsgegnerin 1 ausgewählt werden. Durch die erneute Befassung mit der ursprünglich nicht durchgeführten Beweismassnahme seien die Gesuchsgegnerinnen gemäss Art. 56 Bst. b StPO in der gleichen Sache tätig und damit befangen. In der Replik wiederholt der Gesuchsteller im Wesentlichen seine bereits vorgebrachten Argumente. Sie werden im Einzelnen direkt bei der Würdigung abgehandelt (siehe hinten E. 7).

E. 3.1

Fürsprecher B. _____ bringt im Ausstandsgesuch vor was folgt: Er habe anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung am 1. / 2. November 2016 gemäss der Instruktion des Gesuchstellers gehandelt und keine weiteren Beweisanträge gestellt. Der Gesuchsteller habe die Abhaltung eines Plädoyers gewünscht, um das für ihn sehr belastende Verfahren beenden zu können. Gemäss Art. 6 StPO seien die Strafbehörden verpflichtet, von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären. Die Parteien treffe keinerlei Beweisführungslast. Es wäre im Sinne der Ermittlung der materiellen Wahrheit Aufgabe der Verfahrensleitung gewesen, die Einvernahmen von G. _____, H. _____ und Notar J. _____ anzuordnen. Auf jeden Fall könne der Verteidigung das Nichtbeantragen von Beweismassnahmen nicht zum Vorwurf gemacht werden. Indem die Gesuchsgegnerin 1 am 1. November 2016 zum Er-

E. 3.2

Die Gesuchsgegnerinnen erachten sich mit folgender Begründung als nicht befangen: Mit Beschluss der 1. Strafkammer vom 9. Oktober 2017 sei das Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 2. November 2016 gestützt auf Art. 409 Abs. 1 StPO betreffend den Gesuchsteller aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen worden; dies namentlich zur Durchführung und Würdigung der mit diesem Beschluss gutgeheissenen Beweismassnahmen. Der oberinstanzliche Beschluss verlange keine Neuverteilung an einen anderen Spruchkörper. Der aktuelle Spruchkörper erachte sich nicht als befangen. Es könne vorab auf die mit Verfügung vom 11. Juli 2018 erfolgte Begründung verwiesen werden, welche in Absprache mit der Gesuchsgegnerin 2 erfolgt sei: Im Vorfeld der Hauptverhandlung vom 1./2.11.2016 hat die Verteidigung keine

Beweisanträge gestellt (pag. 1085). Nach Bekanntwerden des beauftragten Notars, zurückzuführen auf die Aussage von I. _____ in der Hauptverhandlung, hat die Verteidigung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung keine Verfahrensanträge gestellt und angefügt, dass sie im Sinn habe, zu plädieren (pag. 1136). Auch auf die konkrete Frage nach weiteren Beweisanträgen hat die Verteidigung keine gestellt, womit sie solche dazumal als nicht erforderlich erachtet haben dürfte (pag. 1139). Die Unterzeichnende hat die Parteien zuvor darauf hingewiesen, sofern Notar J. _____ nicht befragt werde, dies nicht zulässig-

E. 4

Die verfassungsmässige Garantie von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) gewährleistet jeder Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, unter anderem den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Eine Gerichtsperson gilt als befangen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in ihre Unparteilichkeit zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einer bestimmten persönlichen Einstellung zum Verfahrensgegenstand, einem persönlichen Verhalten der betreffenden Person oder in gewissen äusseren Gegebenheiten liegen. Entscheidendes Kriterium ist, ob bei problematischen Konstellationen der Ausgang des Verfahrens bei objektiver Betrachtungsweise noch als offen erscheint (BOOG, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Vor Art. 56-60 StPO). Gemäss Art. 56 Bst. f StPO tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person in den

E. 5

In ihrem Beschluss vom 9. Oktober 2017 hielt die 1. Strafkammer, soweit hier von Relevanz, fest was folgt (E. 6 f.):

E. 6

Für die Vorinstanz stand fest, dass der undatierte Vertrag von beiden Beschuldigten unterzeichnet worden sei. Dabei spiele es nur eine sekundäre Rolle, wer die Idee für den Vertrag gehabt habe und ihn effektiv aufgesetzt habe. Sollte dies Notar J. _____ getan haben, hätte er sich separat strafrechtlich zu verantworten. Massgebend sei, dass die beiden Beschuldigten den Vertrag unbestrittenmassen gelesen und unterzeichnet und damit effektiv gewollt hätten. Keiner der Beschuldigten habe sich auf Willensmängel oder Täuschung berufen, die den Vertrag als ungültig bzw. nichtig erscheinen lassen würden. Vielmehr sei der Vertrag durch die Beschuldigten entsprechend umgesetzt worden. Die Beschuldigten seien dem Vertrag nachgekommen und hätten damit dessen Inhalt genau verstanden. Auch wenn der Verfasser des Vertrages ein Notar gewesen sein möge, hätten die Beschuldigten den Vertrag mit ihrer Unterschrift gewollt und in der Folge auch danach gehandelt (pag. 1196 f., S. 6 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Die Verteidigung macht im Rahmen der Begründung der Beweisanträge geltend, die Beschuldigten hätten als Laien einen Rechtsexperten und Urkundsperson beauftragt und sich dadurch für die rechtliche Korrektheit abgesichert. Die beantragten Zeuginnen seien an diesem Termin vor Ort anwesend gewesen und seien daher im Stande, Aussagen über die Rolle der Beteiligten zu Protokoll zu geben. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei es sehr wohl von zentraler Bedeutung, wenn ein Notar des Kantons Bern gegenüber Laien, welche diesem ein Problem schildern und ein Mandat um Ausarbeitung einer vollumfänglichen Lösung erteilen, im Ergebnis ein Produkt als Vertrag präsentiere, der von strafrechtlicher

Relevanz sei. Dies sei weit mehr als nur eine Idee für einen Vertrag zu haben, wie dies von der Vorinstanz falsch gewürdigt worden sei. Als Laie dürfe man davon ausgehen, dass ein Notar niemals eine Urkunde re- digieren würde, welche von strafrechtlicher Relevanz sein könnte. Zudem habe Notar J. _____ die Bedenken von G. _____, welche als Einzige eine kaufmännische Ausbildung absolviert habe, schlüssig widerlegt (pag. 1414). Nach Auffassung der Kammer erscheinen die beantragten Beweis- massnahmen geeignet, der Suche nach der materiellen Wahrheit zu dienen. Hierzu gehören nament- lich die (erstmaligen) Einvernahmen von G. _____ und H. _____ sowie zwingend auch von No- tar J. _____, der vorgängig vom Berufsgeheimnis zu entbinden sein wird. Zusammen mit ergän- zenden Einvernahmen von I. _____ und des Beschuldigten, dem betreffend die neuen Zeugen- aussagen das rechtliche Gehör zu gewähren sein wird, sprengen Umfang und mögliche Auswirkun- gen dieser Beweismassnahmen den Rahmen der vom Gesetzgeber in Art. 389 StPO vorgesehenen oberinstanzlichen Beweisergänzungen. Im Wissen um den Ausnahmecharakter einer Kassation und in Kenntnis der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint vorliegend eine Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich, zumal ein bedeutender Instanzenverlust drohen kann (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.2.1.; 6B_794/2014 vom

E. 9

Drittens führt es nicht zur Gutheissung des Ausstandsgesuchs, dass die Gesuchs- gegnerin 1 ausführte, ursprünglich habe das Gericht die Einvernahme von Notar J. _____ und von G. _____ als nicht erforderlich erachtet. Das Argument des Gesuchstellers, dass der Anschein einer Befangenheit oder die Gefahr einer Vor- eingenommenheit ausreicht, ist zwar korrekt. Jedoch vermag die Beschwerde- kammer vorliegend auch bei durchaus kritischer Würdigung aller Umstände keine Gefahr einer Voreingenommenheit zu erkennen. Die Gesuchsgegnerinnen sind als professionelle Gerichtspräsidentin respektive Gerichtsschreiberin – beides im Übri- gen ausgebildete Rechtsanwältinnen – in der Lage, in unbefangener Weise eine erneute materielle Prüfung des Vorgefallenen vorzunehmen. Dass die Grundsätze eines fairen Verfahrens verletzt sein könnten, ist nicht erkennbar. Mit der Frage, ob die Gesuchsgegnerinnen in der Lage sind, eine erneute objektive Auseinanderset- zung in der Sache vorzunehmen, hat der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin 1 am 1. / 2. November 2016 der Ansicht war, dass auf weitere Einvernahmen ver- zichtet werden könne, im Kern wenig bis gar nichts zu tun. Davon, dass die Ge- suchsgegnerinnen in einer antizipierten Beweiswürdigung bereits zum Ergebnis ge- langt seien, die Aussagen der einzuvernehmenden Zeugen, wie auch immer sie lauten mögen, vermöchten den Gesuchsteller nicht zu entlasten, kann nach Über- zeugung der Beschwerdekammer schlicht keine Rede sein. Viertens ist nicht sichtbar, inwiefern sich der Umstand, dass Notar J. _____ im vorherigen Verfahren nicht als Zeuge einvernommen wurde, konkret zum Nachteil des Gesuchstellers ausgewirkt hätte. Die Argumentationskette des Gesuchstellers erweist sich im Endeffekt als Zirkelschluss. Es sind nämlich zwei verschiedene Fragen, ob einerseits die Gesuchsgegnerin 1 während der ersten mündlichen Ver- handlung in juristisch haltbarer Weise zum Entschluss kam, dass keine weiteren Beweise abzunehmen sind, und ob andererseits die Gesuchsgegnerinnen fähig sind, das Ergebnis der ergänzenden Zeugenbefragung unvoreingenommen in die erneut vorzunehmende Beweiswürdigung miteinzubeziehen. Zum jetzigen Zeit- punkt bestehen keine Anhaltspunkte, dass sie dies nicht könnten. Erst nach der er- neuten Beweiswürdigung wird feststehen, wie die Gesuchsgegnerinnen die zusätz- lichen Aussagen werten. Sollte der Gesuchsteller mit dem

Resultat nicht einverstanden sein, könnte er freilich wiederum – wie es die Strafprozessordnung vorsieht – die zuständige Rechtsmittelinstanz anrufen. Exakt so verhält es sich im Übrigen bei zurückgewiesenen Bundesgerichtsurteilen. Auch dort nimmt sich in aller Regel wiederum derselbe Spruchkörper des Obergerichts der Sache an und überprüft diese im Lichte der bundesgerichtlichen Erwägungen neu. Dabei kommt es freilich ebenfalls vor, dass ergänzende Beweise abzunehmen sind. Allein aus dem Umstand also, dass die Gesuchsgegnerinnen im November 2016 der Ansicht waren, dass keine Zeugen mehr zu befragen sind, ergibt sich kein Ausstandsgrund. Und wie gesagt: Der Gesuchsteller vertrat in dem Moment dieselbe Rechtsauffassung (siehe vorne: FS B._____ merkt an, es stelle sich wirklich die Frage, wie es nach dieser Aussage weiter gehen solle. Er sei aber noch nicht in der Lage einen konkreten Antrag zu stellen und müsste sich auch mit seinem Klienten besprechen. / RA B._____ merkt an. Er stelle keine Anträge und habe im Sinn heute zu plädieren.). Ferner ergeben sich auch aus den Ausführungen in der erstinstanzlichen Urteilsbegründung keine Hinweise darauf, dass die Gesuchsgegnerinnen die fehlende Aussage von Notar J._____ zum Nachteil

E. 10

des Gesuchstellers gewürdigt hätten. Es wird darin im Wesentlichen bloss ausgeführt, dass auch wenn der Verfasser des Vertrages ein Notar gewesen sein mag, die Beschuldigten den Vertrag mit ihrer Unterschrift gewollt und in der Folge auch danach gehandelt hätten (pag. 1197 1. Absatz). Es handelt sich mithin um eine neutrale Würdigung. Fünftens und letztens ergibt sich kein Ausstandsgrund aus dem Umstand, dass der Name H._____ den Gesuchsgegnerinnen bis zur Kenntnisnahme des Aufhebungsbeschlusses der 1. Strafkammer nicht bekannt war. Es kann grundsätzlich auf vorne Ausgeführtes verwiesen werden. Auch bei diesem Vorbringen handelt es sich letztlich um eine indirekt-abstrakte Argumentation. Natürlich hätten, wenn zum Beispiel der Gesuchsteller die Befragungen von Notar J._____ sowie (ggf. gestützt darauf) von H._____ verlangt hätte und diese alsdann durchgeführt worden wären, die Gesuchsgegnerinnen Kenntnis davon erhalten, dass H._____ und G._____ ebenfalls im Büro des Notars anwesend waren. So ist es aber nicht gewesen, und es ist unzweckmässig, hypothetische Verfahrensabläufe zu erörtern. Und selbst wenn der Schluss gezogen werden könnte, dass die Gesuchsgegnerinnen anlässlich der Verhandlung vom 1. / 2. November 2016 zu wenig nach der materiellen Wahrheit gesucht hätten, ergibt sich daraus kein Ausstandsgrund. Wie bereits mehrfach dargelegt, sind Verfahrensfehler prinzipiell mit Rechtsmitteln zu korrigieren. Wird ein Verfahren in der Folge an die Vorinstanz zurückgewiesen, ist nicht ohne weiteres von Ausstandsproblematiken auszugehen. 7.3 Nach dem Ausgeführten erweist sich das Ausstandsgesuch als unbegründet. Es ist kostenfällig abzuweisen. 8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 59 Abs. 4 StPO). Die amtliche Entschädigung für das Ausstandsverfahren wird am Ende des Verfahrens durch das urteilende Gericht festgesetzt (Art. 135 Abs. 2 StPO). Hinsichtlich der amtlichen Entschädigung bestehen eine Rückzahlungspflicht und ein Nachforderungsrecht (Art. 135 Abs. 4 StPO).

E. 11

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

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