

# **BGE 148 IV 137**

Bundesgericht (BGE), 2020-06-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bge\\_148 IV 137](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bge_148_IV_137)

FR: ATF 148 IV 137

IT: DTF 148 IV 137

## **Regeste**

Regeste Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 56 lit. f und Art. 358 ff. StPO; Ausstand, Mehrfachbefassung. Eine Richterin bzw. ein Richter ist nicht allein deshalb zum Ausstand verpflichtet, weil sie bzw. er sich im gescheiterten abgekürzten Verfahren bereits mit der Sache befasst hat (E. 5).

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Soweit die Vorinstanz das Ausstandsgesuch gegen Werner Kummer als gegenstandslos beschrieben hat, stellt der Beschwerdeführer ihren Entscheid nicht infrage. Er macht geltend, bei den Beschwerdegegnern 1 und 2 bestehe der Anschein der Befangenheit. Der angefochtene Entscheid verletze Art. 56 StPO, Art 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 56 lit. f StPO tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person in den Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Generalklausel, welche alle Ausstandsgründe erfasst, die in Art 56 lit. a-e StPO nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Sie entspricht Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von BGE 148 IV 137 S. 139 einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die Rechtsprechung nimmt Voreingenommenheit und Befangenheit an, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. 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 147 I 173 E. 5.1; BGE 143 IV 69 E. 3.2; je mit Hinweisen). (...)

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer bringt vor, im Verfahren, das zur Anklage vom 25. Juli 2019 geführt habe, habe vorher ein gescheitertes abgekürztes Verfahren stattgefunden. In diesem hätten die Beschwerdegegner mitgewirkt. Damit könnten sie nun im darauf folgenden ordentlichen Verfahren nicht als Richter amten. Wegen ihrer Mitwirkung im abgekürzten Verfahren bestehe der Anschein der Voreingenommenheit.

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz erachtete das Vorbringen in Bezug auf den Beschwerdegegner 1 als verspätet, nicht dagegen in Bezug auf den Beschwerdegegner 2. Insoweit prüfte sie es materiell und beurteilte es als unbegründet. Ob die Vorinstanz das Vorbringen in Bezug auf den Beschwerdegegner 1 zu Recht als verspätet angesehen hat, kann offenbleiben. Wäre es - wie der Beschwerdeführer geltend macht - als rechtzeitig zu betrachten, änderte sich aus folgenden Erwägungen am Ergebnis nichts.

### **E. 5.3**

Das abgekürzte Verfahren regeln Art. 358 ff. StPO. Gemäss Art. 358 StPO kann die beschuldigte Person der Staatsanwaltschaft bis zur Anklageerhebung die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen, wenn sie den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht und die Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennt (Abs. 1). Das abgekürzte Verfahren ist ausgeschlossen, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren verlangt (Abs. 2). BGE 148 IV 137 S. 140 Nach Art. 361 StPO führt das erstinstanzliche Gericht eine Hauptverhandlung durch (Abs. 1). An dieser befragt es die beschuldigte Person und stellt fest, ob (a) sie den Sachverhalt anerkennt, welcher der Anklage zu Grunde liegt und (b) diese Erklärung mit der Aktenlage übereinstimmt (Abs. 2). Ein Beweisverfahren findet nicht statt (Abs. 4). Gemäss Art. 362 StPO befindet das Gericht frei darüber, ob (a) die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig und angebracht ist, (b) die Anklage mit dem Ergebnis der Hauptverhandlung und mit den Akten übereinstimmt, und (c) die beantragten Sanktionen angemessen sind (Abs. 1). Sind die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren erfüllt, so erhebt das Gericht die Straftatbestände, Sanktionen und Zivilansprüche der Anklageschrift zum Urteil (Abs. 2). Sind die Voraussetzungen für ein Urteil im abgekürzten Verfahren nicht erfüllt, so weist das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines ordentlichen Vorverfahrens zurück (Abs. 3). Erklärungen, die von den Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben worden sind, sind nach der Ablehnung eines Urteils im abgekürzten Verfahren in einem folgenden ordentlichen Verfahren nicht verwertbar (Abs. 4). Art. 362 Abs. 4 StPO betrifft einen Fall der Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO. Erklärungen, die von den Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben worden sind, sind nach der Ablehnung eines Urteils im abgekürzten Verfahren in einem folgenden ordentlichen Verfahren somit in keinem Falle verwertbar. Anwendbar ist sodann Art. 141 Abs. 5 StPO. Danach werden die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet ( BGE 144 IV 189 E. 5.2.3).

### **E. 5.4**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. b StPO. Dieser betrifft die sog. Vorbefassung und setzt voraus, dass die vom Ausstandsgesuch betroffene Person in einer anderen Stellung in der gleichen Sache tätig war. Ist die Person in derselben Stellung mit der gleichen Sache mehrfach befasst, liegt keine Vorbefassung im Sinne von Art. 56 lit. b StPO vor ( BGE 143 IV 69 E. 3.1 S. 73 f. mit Hinweis). Die Mehrfachbefassung kann unter dem Gesichtswinkel von Art. 56 lit. f StPO Bedeutung erlangen (Urteil 1B\_139/2018 vom 26. November 2018 E. 4.2 mit Hinweis). BGE 148 IV 137 S. 141 Die Beschwerdegegner wirkten im abgekürzten Verfahren als Richter des Bezirksgerichts mit, also in gleicher Stellung wie im jetzigen ordentlichen Verfahren. Es geht somit um den Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. f StPO.

### **E. 5.5**

Ob eine unzulässige, den Verfahrensausgang vorwegnehmende Mehrfachbefassung vorliegt, kann nicht allgemein gesagt werden. Zu prüfen ist anhand der tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände in jedem Einzelfall, ob das Verfahren trotz Mehrfachbefassung noch als offen erscheint ( BGE 142 III 732 E. 4.2.2; BGE 131 I 113 E. 3.4; je mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung ist es mit dem Anspruch auf einen unbefangenen Richter vereinbar, wenn dieselben Richter, die ein Abwesenheitsurteil gefällt haben, bei der Neuurteilung der Angelegenheit im ordentlichen Verfahren mitwirken. In der neuen Hauptverhandlung ist zwar über die gleichen Fragen zu befinden wie im Abwesenheitsverfahren, nämlich darüber, ob sich der Angeklagte der ihm zur Last gelegten Handlungen schuldig gemacht hat und welche Strafe gegebenenfalls auszufällen ist. Im Abwesenheitsverfahren stand dem Gericht für den Entscheid hierüber wegen der fehlenden Mitwirkung des Beschuldigten jedoch keine vollständige Beurteilungsgrundlage zur Verfügung. Der Ausgang der neuen Hauptverhandlung, in welcher dieser Mangel behoben wird, erscheint deshalb als offen ( BGE 116 Ia 32 E. 3b/aa). Zu einer Ausstandspflicht führt es nach der Rechtsprechung für sich allein ebenso wenig, wenn ein Richter ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abgewiesen hat. Wesentliche Bedeutung kommt insoweit dem Umstand zu, dass es sich bei der Prüfung der Erfolgsaussichten ex ante stets um eine vorläufige , aufgrund des jeweiligen Aktenstandes vorgenommene Beurteilung der Sach- und Rechtslage handelt ( BGE 131 I 113 E. 3.7 mit Hinweisen). Ob ein Richter allein deshalb in den Ausstand zu treten hat, weil er bereits am gescheiterten abgekürzten Verfahren mitwirkte, hat das Bundesgericht bisher nicht entschieden.

### **E. 5.6**

Im Schrifttum sind die Meinungen darüber geteilt. Manche Autoren verneinen eine Ausstandspflicht (FRANZ RIKLIN, StPO, Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 362 StPO ; SCHMID/ JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, S. 624 N. 1387 Fn. 97; dieselben , Schweizerische BGE 148 IV 137 S. 142 Strafprozessordnung [StPO], Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Rz. 10 zu Art. 362 StPO ;ANDREAS J. KELLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Donatsch und andere [Hrsg.],3. Aufl. 2020, N. 33a zu Art. 56 StPO ; MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 30 zu Art. 56 StPO ; ANGELA GIGER, Das abgekürzte Verfahren [ Art. 358-362 StPO ], 2021, S. 497 ff.). Andere bejahen sie dagegen (CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, Donatsch und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2020, N. 7 zu Art. 362 StPO ; MARC THOMMEN, Kurzer Prozess - fairer Prozess?, 2013, S. 219 f.; JO PITTELOUD, Code de procédure pénale suisse [CPP], Commentaire à l'usage des praticiens, 2012, S. 711 N. 1044; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Strafprozessrecht, 2011, S. 337 Rz. 1086; FLORIAN NAHRWOLD, Die Verständigung im Strafverfahren, 2014, S. 176; ROBERT BRAUN, Strafprozessuale Absprachen im abgekürzten Verfahren, 2003, S. 88 f.; tendenziell ebenso WOLFGANG WOHLERS, Das abgekürzte Verfahren im schweizerischen Strafprozess [ Art. 358 ff. StPO ], Strafverteidiger 2011 S. 571). Zum Teil wird differenziert. Stelle das Geständnis eine im Sinne von Art. 362 Abs. 4 StPO unverwertbare Erklärung dar und habe das Gericht davon aufgrund des abgekürzten Verfahrens Kenntnis, bestehe ein Ausstandsgrund. Anders verhalte es sich, wenn das Geständnis verwertbar sei, da es nicht im Hinblick auf das

abgekürzte Verfahren abgegeben worden sei (GREINER/JAGGI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 39 zu Art. 362 StPO ; NILS STOHNER, Abgekürzte Rechtsstaatlichkeit - Überlegungen zum abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358-362 StPO , forumpoenale 3/2015 S. 173 f.).

#### **E. 5.7**

Der Beschwerdeführer bringt vor, das von ihm im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgelegte Geständnis sei unverwertbar. Die Beschwerdegegner hätten es aber bereits zur Kenntnis genommen und seien daher voreingenommen. Dies überzeugt nicht. Nach der Rechtsprechung kann von einem Richter erwartet werden, dass er in der Lage ist, die unverwertbaren Beweise von den verwertbaren zu unterscheiden und sich bei der Würdigung ausschliesslich auf Letztere zu stützen ( BGE 143 IV 475 E. 2.7 mit Hinweisen). Weshalb es sich im vorliegenden Zusammenhang anders verhalten sollte, ist nicht ersichtlich. Dass BGE 148 IV 137 S. 143 sich ein Geständnis als unverwertbar erweist, kann auch sonst vorkommen, etwa wenn sich in der Hauptverhandlung ergibt, dass es durch unzulässigen Druck ( Art. 140 StPO ) erlangt wurde. Auch in einem solchen Fall muss das Gericht nicht sofort in den Ausstand treten, sondern kann von ihm erwartet werden, dass es in der Lage ist, das Geständnis auszublenden und sein Urteil ausschliesslich auf die verwertbaren Beweise zu stützen. Dass die Beschwerdegegner das Geständnis ausser Acht lassen können, kann umso eher angenommen werden, als es der Beschwerdeführer in der Hauptverhandlung des abgekürzten Verfahrens nicht bestätigte, sondern die Aussage verweigerte, was zu dessen Scheitern führte ( BGE 139 IV 233 E. 2.6). Die Begründungspflicht (Art. 81 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. a StPO) gewährleistet im Übrigen, dass der Richter sein Urteil lediglich auf die verwertbaren Beweise stützt. Kann er es damit nicht überzeugend begründen, hat es im Rechtsmittelverfahren keinen Bestand.

#### **E. 5.8**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegner hätten die Akten im abgekürzten Verfahren eingehend studiert und sich daher bereits ihre Meinung gebildet. Der Einwand geht schon deshalb fehl, weil das Gericht im abgekürzten Verfahren - dessen Charakter entsprechend ( BGE 139 IV 233 E. 2.3) - die Akten lediglich summarisch prüft (Urteil 1B\_75/2020 vom 10. Dezember 2020 E. 2.3 mit Hinweisen). Es ist nicht einzusehen, weshalb sich die Beschwerdegegner hinsichtlich der Schuld des Beschwerdeführers bereits abschliessend festgelegt haben sollten, nur weil sie im abgekürzten Verfahren die Akten summarisch sichteten.

#### **E. 5.9**

Die vorliegende Konstellation ist, worauf RIKLIN (a.a.O.) zutreffend hinweist, vergleichbar mit jener, in der das Gericht, nachdem es ein Abwesenheitsurteil gefällt hat, über die Sache im ordentlichen Verfahren zu befinden hat (oben E. 5.5). Wie im Abwesenheitsverfahren steht dem Gericht im abgekürzten Verfahren nur eine eingeschränkte Beurteilungsgrundlage zur Verfügung, da in diesem kein Beweisverfahren stattfindet ( Art. 361 Abs. 4 StPO ). Hier wie dort ergibt sich für das Gericht erst im ordentlichen Verfahren eine vollständige Beurteilungsgrundlage. Dies spricht für die Verneinung der Ausstandspflicht auch hier. Der Fall weist sodann Ähnlichkeiten auf mit jenem, in welchem der Richter ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen BGE 148 IV 137 S. 144 Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abgewiesen hat (oben E. 5.5). Wie dort hat das abgekürzte Verfahren lediglich summarischen Charakter. Wegen einer

summarischen Befassung mit der Sache erscheint der Richter aber nicht bereits als befangen.

#### **E. 5.10**

In Anbetracht dessen besteht hier keine Ausstandspflicht. Mit einem Ausstand hätte der Beschwerdeführer im Übrigen nichts gewonnen. Dass ein abgekürztes Verfahren stattfand, wüssten auch die neuen Richter; dies aufgrund des entsprechenden Vermerks in den Akten des vorliegenden ordentlichen Strafverfahrens und des Ausstandsentscheids. Die neuen Richter wüssten somit ebenso, dass der Beschwerdeführer ein Geständnis abgelegt haben musste, da das abgekürzte Verfahren nur unter dieser Voraussetzung zulässig ist ( Art. 358 Abs. 1 StPO ).

#### **E. 5.11**

Vorbehalten bleiben Fälle, in denen der Richter im abgekürzten Verfahren zu erkennen gegeben hat, dass für ihn die Schuld des Angeklagten bereits feststeht. So kann es sich etwa verhalten, wenn das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft zurückweist, weil es die beantragte Sanktion als zu tief erachtet ( Art. 362 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 StPO ); ebenso, wenn sich der Richter in einer Weise geäußert hat, die keinen Zweifel darüber zulässt, dass er sich seine Meinung bereits gebildet hat (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, a.a.O.). Um einen derartigen Fall handelt es sich hier nicht. Die Beschwerde erweist sich demnach auch im vorliegenden Punkt als unbegründet.

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