

# **FR\_GERICHTE 501 2018 199 vom 1. Februar 2019**

FR Kantonsgericht, 2019-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_501\\_2018\\_199](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_501_2018_199)

FR: FR\_GERICHTE 501 2018 199 du 1 février 2019

IT: FR\_GERICHTE 501 2018 199 del 1 febbraio 2019

## **Regeste**

Urteil des Strafappellationshofs des Kantonsgerichts | Ausstand (Art. 56-60 CPP; 18 JG)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der Strafappellationshof entscheidet gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO i.V.m. Art. 85 Abs.

### **E. 1.2**

Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen, 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 Abs. 1 StPO).

### **E. 1.3**

Der Kantonsrichter sowie die Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin haben am 20. Dezember 2018 zum Gesuch Stellung genommen (Art. 58 Abs. 2 StPO). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2018 teilte der Ersatzrichter mit, auf eine Stellungnahme zu verzichten. Dem ehemaligen Präsidenten der Strafkammer des Kantonsgerichts wurde keine Frist zur Stellungnahme gesetzt, da er Ende 2018 sein Amt als Kantonsrichter abgelegt hat und damit das ihn betreffende Ausstandsgesuch gegenstandslos geworden ist.

### **E. 1.4**

Der Entscheid über das Ausstandsgesuch ergeht schriftlich (Art. 59 Abs. 2 StPO).

## **E. 2**

JG endgültig und ohne Beweisverfahren, wenn ein Ausstandsgrund nach Art. 56 Bst. a oder f geltend gemacht wird oder sich eine in der Strafbehörde tätige Person einem Ausstandsgesuch einer Partei widersetzt.

### **E. 2.1**

Der Gesuchsteller lässt im Wesentlichen ausführen, die Strafkammer des Kantonsgerichts sei bereits einmal in der fast gleichen Sache tätig gewesen (vgl. Urteil KG FR hhh vom 3. Juni 2016), wobei die Frage der Teilnahmerechte des Beschwerdegegners im Rahmen einer Einvernahme der Beschwerdeführerin im gleichen Strafverfahren beurteilt worden sei. Die Strafkammer habe damals in der Besetzung B.\_\_\_\_\_, Präsident, C.\_\_\_\_\_, Kantonsrichter, D.\_\_\_\_\_, Ersatzrichter, und E.\_\_\_\_\_, Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin, getagt. In dieser Besetzung sei die Strafkammer nach Würdigung der Akten davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin fragil und wenig belastbar sei und die direkten Kontakte zwischen den Parteien nach der angeblichen Vergewaltigung nichts daran ändern würden (vgl. Urteil KG FR hhh vom 3. Juni 2016 E.

2b). Mithin habe die Strafkammer in dieser Besetzung bereits deutlich

Kantonsgericht KG Seite 4 von 7 Stellung zur Problematik bzw. Interessenabwägung genommen, welche auch Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilde; die Stellungnahme sei zu Gunsten der Beschwerdeführerin und zu Ungunsten des Beschwerdegegners erfolgt. Dies erwecke den Anschein der Befangenheit i.S.v. Art. 56 Bst. b und f StPO, 30 Abs. 1 BV und 6 Ziff. 1 EMRK, weswegen darum ersucht werde, dass die Strafkammer für die Behandlung der Beschwerde in einer anderen Besetzung tage als die vorgenannte. Weiter bringt der Gesuchsteller vor, eine tatsächliche Befangenheit sei nicht nötig. Es gehe im früheren und im heutigen Verfahren um die Anwendung von Art. 153 StPO und die damit verbundene Interessenabwägung. Im Urteil vom 3. Juni 2016 habe die Strafkammer mit dem Hinweis auf die Strafakten sowie die Schwere der Vorwürfe die Interessenabwägung zu Gunsten der Beschwerdeführerin vorgenommen und den Vorwand des Gesuchstellers, wonach die Beschwerdeführerin und er an Familienfesten noch Kontakt hätten, nicht gelten lassen. Mithin habe sich die Strafkammer bereits abschliessend mit der Interessenabwägung und dem Einwand des Gesuchstellers auseinandergesetzt und entschieden und zwar auch im Hinblick auf die Frage der räumlichen Trennung, da festgehalten worden sei, eine Trennwand sei nicht genügend. Dies erwecke bei objektiver Betrachtung den Anschein, dass die Strafkammer nicht mehr auf ihre damalige Einschätzung, insbesondere betreffend den Vorwand des Gesuchstellers und den allgemeinen Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin, zurückkommen könne und werde. Für den Fall, dass die Strafkammer in der damaligen Besetzung tagen sollte, sei der Anschein der Befangenheit und der Voreingenommenheit noch schwerwiegender, da sie nicht an die Begründung und/oder Anträge der Parteien gebunden sei und auch einen eigenen Entscheid fällen könne, wobei der Haupteinwand des Gesuchstellers für die Interessenabwägung bereits abgewiesen worden sei. Der Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit sei bei objektiver Betrachtung zu bejahen und das Ausstandsgesuch gutzuheissen, auch wenn die betroffenen Kantonsrichter und die betroffene Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin gemäss Stellungnahmen vom 14. und 21. Dezember 2018 nicht tatsächlich befangen seien. Der Kantonsrichter und die Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin führen ihrerseits aus, die Strafkammer sei in dem vom Gesuchsteller zitierten Urteil zum Schluss gekommen, dass für den (definitiven) Ausschluss des Gesuchstellers von der Einvernahme der Beschwerdeführerin deren Arztzeugnisse ausschlaggebend gewesen seien. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern durch diese Erwägungen ein Anschein der Befangenheit entstanden sein solle. Im heutigen Beschwerdeverfahren habe die Strafkammer nun eine andere Frage zu beantworten und zwar, ob sich der Gesuchsteller während der Einvernahme der Beschwerdeführerin im selben Gebäude (der Staatsanwaltschaft) bzw. im Umkreis von 500 Meter aufhalten dürfe und nicht, ob er im selben Raum zugegen sein dürfe. Zu dieser Frage habe sich die Strafkammer noch nie geäussert und es sei nicht ersichtlich, inwiefern der Entscheid vom 6. [recte: 3.] Juni 2016 präjudizierende Wirkung entfalten solle. Zwar gelte es auch hier, die Verteidigungsrechte des Gesuchstellers zu wahren und die psychische Gesundheit der Beschwerdeführerin soweit nötig zu schützen. Allerdings werde auch diese Interessenabwägung insbesondere unter Würdigung von aktuellen ärztlichen Zeugnissen vorzunehmen sein. Sie bestreiten, in vorliegender Angelegenheit befangen zu sein und könnten auch einen Anschein davon nicht ausmachen. Das Ausstandsgesuch erscheine unbegründet, weshalb es abzuweisen sei.

### **E. 2.2.1**

Gemäss Art. 56 Bst. b StPO tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person in den Ausstand, wenn sie in einer anderen Stellung insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeistand

Kantonsgericht KG Seite 5 von 7 einer Partei, als Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, in der gleichen Sache tätig war. Der Ausstandsgrund der Vorbefassung setzt voraus, dass die Person in der gleichen Sache tätig war. Eine gleiche Sache ist anzunehmen bei Identität der Parteien, des Verfahrens und der zur Beantwortung stehenden Streitfragen (BGE 143 IV 69 E. 3.1; 133 I 89 E. 3.2; 122 IV 235 E. 2d). Des Weiteren ist erforderlich, dass die Person in einer anderen Stellung erneut mit der gleichen Angelegenheit befasst ist (BOOG, in Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 56 N. 17 mit weiteren Hinweisen). Ist die (Gerichts-) Person in derselben Stellung mit der gleichen Sache mehrfach befasst, liegt kein Fall der Vorbefassung i.S.v. Art. 56 Bst. b StPO vor. Dies gilt etwa, wenn ein Richter entweder in derselben Sache in unterschiedlichen Verfahren oder in vom Verfahrensrecht klar getrennten Verfahrensabschnitten tätig war. Eine Mehrfachbefassung in diesem Sinn kann aber im Rahmen von Art. 56 Bst. f StPO relevant werden, so wenn zu erwarten ist, die Person habe sich in Bezug auf einzelne Fragen bereits in einem Masse festgelegt, dass das Verfahren im späteren Verfahrensabschnitt nicht mehr als offen erscheint (BOOG, Art. 56 N. 28 mit weiteren Hinweisen; siehe auch KELLER, in Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 56 N. 16).

### **E. 2.2.2**

Vorliegend kann der vom Gesuchsteller angerufene Art. 56 Bst. b StPO aus mehreren Gründen nicht zur Anwendung gelangen: Einerseits fehlt es an der Voraussetzung, dass die Personen in einer anderen Stellung erneut mit der gleichen Angelegenheit befasst wären. Die Strafkammer hat ihre Stellung seit dem Urteil vom 3. Juni 2016 nicht verändert und die wiederholte Tätigkeit als Richter oder Gerichtsschreiberin in derselben Sache begründet für sich alleine keine Besorgnis der Befangenheit. Andererseits liegt – wie nachfolgend (E. 2.3.) aufgezeigt wird – keine Identität der zur Beantwortung stehenden Streitfragen vor. Der Gesuchsteller macht denn auch selber geltend, die Strafkammer des Kantonsgerichts sei bereits einmal in der fast gleichen Sache tätig gewesen. Zu prüfen bleibt somit, ob allenfalls ein Ausstandsgrund nach Art. 56 Bst. f StPO gegeben ist.

### **E. 2.3.1**

Nach Art. 56 Bst. 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 Bst. 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 einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die Rechtsprechung nimmt Voreingenommenheit und Befangenheit an, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können namentlich in einem bestimmten Verhalten des 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 141 IV 178 E. 3.2.1; 140 I 326 E. 5.1; 138 IV 142 E. 2.1; je mit Hinweisen). Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn einzelne Gerichtspersonen in einem früheren Verfahren mit der konkreten Streitsache schon einmal befasst waren. In einem solchen Fall sogenannter Vorbefassung stellt sich die Frage, ob sich ein Richter durch seine Mitwirkung an früheren

Kantonsgericht KG Seite 6 von 7 Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, die ihn nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lassen. Das Bundesgericht hat zur Beurteilung, ob eine vorbefasste Person im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, Kriterien entwickelt. So fällt etwa in Betracht, welche Fragen in den beiden Verfahrensabschnitten zu entscheiden sind und inwiefern sie sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen. Zu beachten ist ferner der Umfang des Entscheidungsspielraums bei der Beurteilung der sich in den beiden Abschnitten stellenden Rechtsfragen. Massgebend ist schliesslich, mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat (BGE 140 I 326 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 2.3.2**

Im früheren Beschwerdeverfahren hhh beantragte der Gesuchsteller, die Einvernahme der Beschwerdeführerin sei in seiner Anwesenheit und unter Beizug einer Trennwand zu wiederholen, subsidiär sei die Einvernahme in seiner Anwesenheit mittels Videoübertragung zu wiederholen. Es ging mithin um die Frage des Ausschlusses des Gesuchstellers von der Einvernahme der Beschwerdeführerin. Die Strafkammer hielt in ihrem Urteil vom 3. Juni 2016 namentlich fest, die Staatsanwaltschaft habe von [der Beschwerdeführerin] verlangt, innert zehn Tagen ein Arztzeugnis einzureichen zur Frage, ob die indirekte Konfrontation aus psychischen Gründen zumutbar sei; bei Fehlen des Arztzeugnisses werde die Befragung mit Trennwand wiederholt. Offenbar sei das Arztzeugnis inzwischen beigebracht worden. Weiter führte die Strafkammer aus, es liesse sich den Akten deutliche Hinweise dafür entnehmen, dass [die Beschwerdeführerin] im Zusammenhang oder aufgrund der an den [Gesuchsteller] gerichteten Vorwürfe fragil und wenig belastbar sei. Dass die [Beschwerdeführerin] wie vom [Gesuchsteller] vorgebracht bei anderer Gelegenheit direkten Kontakt mit dem [Gesuchsteller] hatte, ändere daran nichts, da es an diesen Treffen nicht um die strafrechtlichen Vorwürfe an den [Gesuchsteller] gegangen sei. Der Entscheid der Staatsanwaltschaft, den [Gesuchsteller] auch nicht unter Beizug einer Trennwand an der Befragung der [Beschwerdeführerin] teilnehmen zu lassen, sei deshalb nicht zu beanstanden (vgl. Urteil KG FR hhh E. 2b). Im heutigen Beschwerdeverfahren 502 2018 269 stellt die Beschwerdeführerin den Antrag, der Gesuchsteller sei von ihrer am 22. November 2018 stattfindenden Einvernahme auszuschliessen und es sei ihm zudem zu verbieten, sich an diesem Tag zwischen 8.00 und 16.00 Uhr im Umkreis von 500 Meter um den Liebfrauenplatz in Freiburg aufzuhalten. Dass der Gesuchsteller von der Einvernahme der Beschwerdeführerin ausgeschlossen wird, wurde bereits im angefochtenen Entscheid festgehalten, wobei ihm eine indirekte Konfrontation ermöglicht wurde. Dementsprechend geht es im Beschwerdeverfahren 502 2018 269 um die Fragen, ob auch diese Möglichkeit der indirekten Konfrontation

auszuschliessen ist und ob sich der Gesuchsteller am Tag der Einvernahme der Beschwerdeführerin im Umkreis von 500 Meter um das Gebäude der Staatsanwaltschaft aufhalten darf oder nicht. Damit hat die Strafkammer im Beschwerdeverfahren 502 2018 269 nebst der Frage der indirekten Konfrontation eine andere Frage zu beurteilen als noch im Verfahren im Jahr 2016; es geht nicht direkt um das Teilnahmerecht des Gesuchstellers an der Einvernahme der Beschwerdeführerin, sondern um seine allfällige Anwesenheit im Umkreis von 500 Meter um das Gebäude der Staatsanwaltschaft am Tag der Einvernahme der Beschwerdeführerin in diesen Lokalitäten.

#### **E. 2.4**

Der Strafappellationshof kommt daher zum Schluss, dass die Vorbefassung der Richter und der Gerichtsschreiberin nicht derart ist, dass das Verfahren in Bezug auf den heute zu beurteilenden Sachverhalt und die konkret zu entscheidende Rechtsfrage nicht mehr offen erscheint. Bei objektiver Betrachtung ist die Vorbefassung nicht geeignet, Misstrauen in die Unparteilichkeit der

Kantonsgericht KG Seite 7 von 7 Richter und der Gerichtsschreiberin zu erwecken. Wie obenstehend ausgeführt, sind im heutigen Beschwerdeverfahren Fragen zu entscheiden, bei denen es zwar ebenfalls um die Einvernahme der Beschwerdeführerin geht, aber lediglich zu beurteilen ist, ob der Beschwerdeführerin eine indirekte Konfrontation zuzumuten ist oder nicht und ob sich der Gesuchsteller in der Zeit der Einvernahme im Umkreis von 500 Meter um das Gebäude aufhalten darf oder nicht; es geht demgegenüber nicht darum, ob er im selben Raum zugegen sein darf oder nicht. Bei der Beurteilung dieser Fragestellungen ist die Strafkammer nicht vorbefasst und frei; eine Befangenheit der Mitglieder der Kammer ist nicht auszumachen. Die erstere Frage wird – wie in der Stellungnahme ausgeführt – anhand von aktuellen Arztzeugnissen zu entscheiden sein; mittlerweile sind mehr als zwei Jahre ins Land gezogen und es gilt die aktuelle Situation zu würdigen. Dem Gesuchsteller kann namentlich auch nicht gefolgt werden, soweit er ausführen lässt, der Anschein der Voreingenommenheit sei noch schwerwiegender, weil die Strafkammer nicht an die Begründung und/oder Anträge der Parteien gebunden sei und einen eigenen Entscheid fällen könne und sein Haupteinwand für die vorzunehmende Interessenabwägung bereits mit Urteil vom 3. Juni 2016 abgewiesen worden sei. Das Gesuch ist demnach abzuweisen.

#### **E. 3**

Die Kosten des Verfahrens werden auf CHF 900.- (Gebühr: CHF 800.-; Auslagen: CHF 100.-) festgesetzt und dem Ausgang des Verfahrens entsprechend dem Gesuchsteller auferlegt (Art. 59 Abs.

#### **E. 4**

StPO). Es wird keine Entschädigung zugesprochen. Der Hof erkennt: I. Das Ausstandsgesuch vom 11. Dezember 2018 in Bezug auf den ehemaligen Präsidenten der Strafkammer des Kantonsgerichts B. \_\_\_\_\_ ist gegenstandslos. II. Im Übrigen wird das Ausstandsgesuch vom 11. Dezember 2018 abgewiesen. III. Die Kosten für das Verfahren in Höhe von CHF 900.- werden A. \_\_\_\_\_ auferlegt. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet. IV. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 78–81 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne

14, einzureichen. Freiburg, 1. Februar 2019/fju Der Vizepräsident: Die Gerichtsschreiberin:

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