

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

SK 17 45

Bern, 23. Februar 2017

Besetzung

Oberrichter Schmid (Präsident i.V.), Oberrichter Aebi, Oberrichter
Kiener
Gerichtsschreiberin Eggli

Verfahrensbeteiligte

A._____

verteidigt durch Rechtsanwalt B._____

Beschuldigter/Gesuchsteller

gegen

C._____, c/o Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern

Gesuchsgegnerin

Gegenstand

Ausstand



Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 31. Januar 2017 reicht A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller), verteidigt durch Rechtsanwalt B._____, ein Ausstandsgesuch gegen Oberrichterin C._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) ein (pag. 1 ff.). Zur Begründung führt er insbesondere aus, vor dem C._____ sei unter der Dossiernummer SK 16 410 ein Berufungsverfahren gegen das Urteil PEN 16 419 hängig. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2016 sei dem Gesuchsteller und seinem Rechtsvertreter der Widerruf der amtlichen Verteidigung in Aussicht gestellt worden. Mit gleicher Verfügung sei ein Beweisantrag auf nochmalige Einvernahme des Gesuchstellers abgelehnt worden. Weiter habe der Gesuchsteller mit Eingabe vom 21. Dezember 2016 die Durchführung des schriftlichen Verfahrens beantragt. Mit Verfügung vom 26. Januar 2017 seien schliesslich sowohl die amtliche Verteidigung widerrufen als auch der Termin zur Berufungsverhandlung bestätigt worden.

Aus diesen Verfügungen werde die Besorgnis der Befangenheit im Sinne von Art. 56 lit. f StPO gegen die Gesuchsgegnerin abgeleitet und deren Ausstand beantragt. Das Verfahren scheine bereits aufgrund der bisherigen Äusserungen der Gesuchsgegnerin als nicht mehr offen. Des Weiteren würden die ergangenen Verfügungen und Äusserungen die Vermutung auf eine bestehende Feindschaft gegenüber dem Verteidiger des Gesuchstellers und damit auf fehlende Unvoreingenommenheit aufkommen lassen.

Rechtsanwalt B._____ macht geltend, die Gesuchsgegnerin habe den Sachverhalt unrichtig wiedergegeben. So sei er entgegen ihrer Behauptung in der Verfügung vom 26. Januar 2017 zu keinem Zeitpunkt aufgefordert worden, sich zu den wirtschaftlichen Verhältnissen seines Klienten zu äussern. Sodann zitiere die Gesuchsgegnerin die Bestimmungen zum schriftlichen Verfahren einseitig. Sowohl die Voraussetzungen von Art. 406 Abs. 1 lit. a als auch von Art. 406 Abs. 2 StPO seien vorliegend erfüllt. Schliesslich habe die Gesuchsgegnerin die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung aufgrund eines Bagatellfalles verneint und festgehalten, oberinstanzlich sei kein umfangreiches Beweisverfahren vorgesehen. Zudem biete der strafrechtliche Vorwurf an den Gesuchsteller keine übermässigen Schwierigkeiten und sei überschaubar. Daraus gehe hervor, dass sich die Gesuchsgegnerin in rechtlicher Weise bereits festgelegt habe. Dabei sei nicht nur die Anwendung des Art. 19 BetrG streitig, es gehe auch noch um die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie Gehilfenschaft und Täterschaft. Für das Ausstandsverfahren sei dies dahingehend von Bedeutung, als dass das Verfahren nicht mehr offen scheine bzw. dass die entscheidungserheblichen Rechtsfragen nicht hinreichend behandelt würden.

Es falle insgesamt auch auf, dass in der Verfügung vom 26. Januar 2017 bemerkbar oft «Rechtsanwalt B._____» erwähnt werde, welcher angeblich «fehl gehe». Statt einer sachlichen und neutralen Betrachtung der Rechtslage sei der Verteidiger des Gesuchstellers wiederholt persönlich und unbegründet kritisiert worden. Darin sei in Verbindung mit dem Entzug der amtlichen Verteidigung eine Feindschaft gegenüber dem Rechtsbeistand zu erblicken.

Es werde der Anschein erweckt, dass durch den Widerruf der amtlichen Verteidigung und dem gleichzeitigen Aufrechterhalten der mündlichen Verhandlung in das Verhältnis zwischen Verteidiger und Gesuchsteller eingegriffen werden solle. Es dünke (sic!), dass unnötiger Aufwand auf Seiten der Verteidigung verursacht werden solle, um dann die Berufung kostenpflichtig abzuweisen. Zudem sei die Behauptung, der Gesuchsteller habe sich nicht zu seiner finanziellen Situation geäußert, geeignet, Zweifel an der Arbeitsweise des Verteidigers aufkommen zu lassen.

2. In ihrer Stellungnahme vom 13. Februar 2017 teilt die Gesuchsgegnerin mit, dass sie sich nicht veranlasst sehe, in den Ausstand zu treten (pag. 37). Der vorgebrachte Ausstandsgrund gemäss Art. 56 lit. f StPO entbehre jeglicher Grundlage.
3. Durch diese Stellungnahme sieht sich der Gesuchsteller gemäss seiner Replik in seinen bisherigen Ausführungen bestätigt (pag. 43 f.). Auf das Gesuch werde seitens der Gesuchsgegnerin überhaupt nicht eingegangen. Dieses Verhalten reihe sich ohne Zwang in das bereits geltend gemachte Vorbringen des Gesuchstellers ein. Die Argumentation der Verteidigung werde nicht aufgegriffen bzw. es werde wiederholt und unbegründet Kritik an seiner Person geübt. Damit habe die Gesuchsgegnerin die Besorgnis der Befangenheit noch vertieft.
4. Gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. c StPO entscheidet das Berufungsgericht, wenn einzelne Mitglieder des Berufungsgerichts von einem Ausstandsgesuch betroffen sind. 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 (Art. 58 Abs. 1 StPO).

Auf das fristgerecht gestellte Ausstandsgesuch ist einzutreten. Es wird von den beiden im Spruchkörper verbleibenden Kammermitgliedern (Oberschieder Schmid und Oberschieder Aebi) und unter Beizug eines dritten Mitgliedes (Oberschieder Kienner) beurteilt und schriftlich entschieden (Art. 59 Abs. 1 lit. c StPO).

5. Jede Person hat nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Nach der Rechtsprechung werden Voreingenommenheit und Befangenheit 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. Bei der Beurteilung solcher Umstände ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (Urteil des BGer 1B_407/2011 vom 21. November 2011 E. 2.2). Die Ausstandsgründe sind in Art. 56 lit. a bis f aufgeführt. Das Ausstandsgesuch muss begründet und die geltend gemachten Gründe oder Umstände müssen glaubhaft gemacht werden. Dabei muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Anschein der Befangenheit sprechen (BSK StPO-BOOG, N. 4 zu Art. 58 StPO).
6. Der Gesuchsteller ruft den Ausstandsgrund gemäss Art. 56 lit. f StPO an. Dieser erfasst im Sinne einer Auffangklausel die Befangenheit aus anderen als in den lit. a bis lit. e explizit aufgeführten Gründen (vgl. dazu BSK StPO I-BOOG, N. 38 ff. zu

Art. 56 StPO). Das Gesetz nennt in diesem Zusammenhang ausdrücklich Freundschaft oder Feindschaft. Freundschaft oder Feindschaft müssen auf Seiten der in der Strafbehörde tätigen Person vorhanden sein. Zuneigung oder Abneigung kommen als Ausstandsgrund nur in Frage, wenn sie ausgeprägt sind, d.h. wenn erhebliche persönliche Spannungen oder ein tiefes schwerwiegendes Zerwürfnis vorliegen. Dabei müssen objektive Gründe auf eine gewisse Intensität der Beziehung hindeuten. Entscheidend ist, ob die Offenheit des Verfahrens in Frage gestellt ist und die Person zur unvoreingenommenen Untersuchung oder Beurteilung noch fähig ist.

7. Die Kammer erkennt keine objektiven Anhaltspunkte für eine Feindschaft bzw. für ein tiefes schwerwiegendes Zerwürfnis zwischen der Gesuchsgegnerin und Rechtsanwalt B._____. Die Annahme eines Zerwürfnisses scheitert bereits daran, dass es an einer minimalen Intensität der Beziehung zwischen den Parteien fehlt. So wird von keiner Seite geltend gemacht, dass es vor dem fraglichen Verfahren SK 16 410 zu einem (wie auch immer gearteten) Aufeinandertreffen gekommen wäre. Das Verhalten der Gesuchsgegnerin im Verfahren SK 16 410 ist nicht zu beanstanden. Insbesondere kann eine Feindschaft nicht per se aus dem Entzug der amtlichen Verteidigung bzw. aus dem Festhalten an einer mündlichen Berufungsverhandlung abgeleitet werden. Eine unvoreingenommene Beurteilung durch die Gesuchsgegnerin ist auch weiterhin sichergestellt.

Die Verfahrensleitung prüft standardmässig bei jedem Neueingang, ob die Weiterführung der amtlichen Verteidigung im oberinstanzlichen Verfahren notwendig ist. Ob vorliegend die amtliche Verteidigung zu Recht entzogen worden ist, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Selbst wenn der Entzug nicht gerechtfertigt wäre, ist nicht automatisch von einer Feindschaft i.S.v. Art. 56 lit. f StPO auszugehen. Den diesbezüglichen Ausführungen des Gesuchstellers kann nicht gefolgt werden. Die Verfahrensleitung stellte dem Gesuchsteller gestützt auf die Bestimmungen der StPO in Aussicht, den Widerruf der amtlichen Verteidigung in Erwägung zu ziehen, mit der Begründung, dass oberinstanzlich weder ein Fall einer notwendigen (Art. 130 StPO) noch einer amtlichen Verteidigung (Art. 132 Abs. 1 lit. b) gegeben sei und forderte ihn auf, «zu dieser Frage Stellung zu nehmen». Dass eine solche Stellungnahme bezüglich sämtlicher Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 1 lit. b zu erfolgen hat, mithin auch hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Gesuchstellers, liegt auf der Hand. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Gesuchsgegnerin materiell prüfte, ob ein Bagatellfall vorliegt oder nicht. Eine solche Prüfung kann bzw. muss die Verfahrensleitung von Gesetzes wegen vornehmen, ohne dass sie sich dabei in rechtlicher Sicht bereits festgelegt hat. Auch wenn die Verfahrensleitung zum Schluss kommt, dass es sich um einen Bagatellfall handelt, ist der Verfahrensausgang weiterhin offen.

Bei den Bestimmungen von Art. 406 StPO zum schriftlichen Verfahren handelt es sich um «Kann-Vorschriften». Es besteht mithin kein Rechtsanspruch auf ein schriftliches Verfahren. Auch wenn die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung einer amtlichen Verteidigung nicht mehr erfüllt sind, kann trotzdem ein mündliches Verfahren durchgeführt werden. Diese beiden Fragen sind unabhängig voneinan-

der zu prüfen. Klar ist indes, dass keine Pflicht des privaten Verteidigers zum Erscheinen an der Verhandlung besteht. Die Aufhebung der Verpflichtung des persönlichen Erscheinens wurde Rechtsanwalt B. _____ in der Verfügung vom 26. Januar 2017 denn auch in Aussicht gestellt.

Schliesslich ist der namentlichen Erwähnung von Rechtsanwalt B. _____ in der Verfügung vom 26. Januar 2017 keine persönliche Kritik zu entnehmen. Es liegt auf der Hand, dass die Eingabe des Gesuchstellers (Berufungsführers) nicht von diesem persönlich verfasst worden ist. Daneben wird «fehlgehen» gemäss Duden mit «den falschen Weg einschlagen, in die Irre gehen», «nicht treffen, danebengehen» und «sich irren, sich täuschen» gleichgesetzt. Der Gebrauch dieses Verbes im Zusammenhang mit der Meinungsäusserung des Anwalts des Gesuchstellers kann mithin nicht als gesuchsgegnerischer Akt der Hostilität qualifiziert werden. Die Gesuchsgegnerin hat keine persönliche Kritik gegen Rechtsanwalt B. _____ geübt. Sie hat in angemessenem Ton seine Anträge abgewiesen.

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 StPO). Diese werden bestimmt auf CHF 500.00.

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahrens werden bestimmt auf CHF 500.00 und dem Gesuchsteller auferlegt
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten, v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - der Gesuchsgegnerin

Bern, 23. Februar 2017

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Schmid

Die Gerichtsschreiberin:

Eggli

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.