

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 08
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

SK 19 283

Bern, 21. Februar 2020

Besetzung

Oberrichter Kiener (Präsident i.V.), Oberrichterin Falkner, Ober-
richter Gerber
Gerichtsschreiberin Gerber

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Rechtsanwältin B. _____
Beschuldigter/Gesuchsteller

gegen

C. _____
Gesuchsgegner 1

D. _____
Gesuchsgegnerin 2

E. _____
Gesuchsgegner 3

Gegenstand

Ausstandsgesuch vom 19. Juli 2019 gegen die Mitglieder der
2. Strafkammer im Verfahren SK 2019 128



Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 19. Juli 2019 reichte A._____ (Beschuldigter/Gesuchsteller, nachfolgend: Gesuchsteller), a.v.d. Rechtsanwältin B._____, ein einheitliches Ausstandsgesuch gegen Oberrichter C._____ (Vorsitzender/Gesuchsgegner 1; nachfolgend Gesuchsgegner 1), Oberrichterin D._____ (nachfolgend Gesuchsgegnerin 2) sowie gegen Oberrichter E._____ (nachfolgend Gesuchsgegner 3) im Berufungsverfahren SK 19 128 ein, wobei er sich auf Art. 56 Bst. b und Bst. f Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) berief. Sodann beantragte er die Zustellung des Protokolls der Hauptverhandlung des Obergerichts inkl. Zeugenbefragungen, eine entsprechende Frist zur Stellungnahme sowie die Kostentragung durch den Staat (pag. 1).

Zusammengefasst und sinngemäss führte der Gesuchsteller aus, die Gesuchsgegner 1-3 seien im Verfahren SK 19 128 befangen, da sie bereits im Berufungsverfahren SK 16 278-280 gegen das Urteil des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts (nachfolgend WSG) vom 18. Januar 2016 mitgewirkt hätten. Dieses oberinstanzliche Urteil sei in Gutheissung der Beschwerde des Gesuchstellers vom 5. Februar 2018 durch das Bundesgericht mit Urteil 6B_160/2018 vom 21. März 2019 in Bezug auf den Gesuchsteller aufgehoben, die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen worden, und nun erneut vor Obergericht hängig (pag. 1 ff.). Zur Begründung führte er u.a. angebliche Verfahrensfehler sowie eine einseitig erfolgte Betrachtungsweise bei der oberinstanzlichen Beweismwürdigung ins Feld (pag. 3 ff.).

2. Im Rahmen der Vernehmlassung reichten die Gesuchsgegner 1-3 mit gemeinsamem Schreiben vom 22. August 2019 innert der mit Verfügung vom 23. Juli 2019 angesetzten (pag. 31 f.) sowie vom 31. Juli 2019 einmalig verlängerten Frist (pag. 43 f.) eine einheitliche, von allen drei unterzeichnete Stellungnahme i.S.v. Art. 58 Abs. 2 StPO ein (pag. 51 f.). Darin verneinten sie eine Kumulation von Verfahrensfehlern, ein Fehlen von Objektivität bzw. Distanz hinsichtlich der neu zu beurteilenden Sache. Sie bestritten kurzum, im Verfahren SK 19 128 dem Anschein nach befangen zu sein (pag. 51 f.).
3. Innert der am 28. August 2019 verfüzten Frist (pag. 57 f.) replizierte der Gesuchsteller am 19. September 2019 in Festhaltung an den gestellten Rechtsbegehren (pag. 63 ff.). Massgebend geltend machte er, die Formulierung der Rückweisung im Bundesgerichtsurteil vom 21. März 2019 stehe dem Vorwurf der Befangenheit nicht entgegen und die Gesuchsgegner 1-3 hätten ein Interesse an der Verurteilung des Gesuchstellers als Haupttäter im Hinblick auf die erfolgte Brandstiftung. Zur Untermauerung des Befangenheitsantrags wies er insbesondere auf den mit Beschluss vom 14. September 2017 angeblich unrechtmässig abgewiesenen Beweis Antrag des Gesuchstellers hin (pag. 63 ff.).
4. Mit verfügter Gutheissung vom 23. September 2019 wurde dem gesuchstellerischen Verfahrens Antrag vom 19. Juli 2019 (pag. 17) bzw. 19. September 2019 (pag. 67) durch Zustellung des oberinstanzlichen Verhandlungsprotokolls inkl. des Einvernahmeprotokolls vom 12.-15. September 2017 in Kopie stattgegeben

(pag. 75 f.). Innert der zeitgleich angesetzt und doppelt erstreckten Frist zur Replik (pag. 77, 81 f., 89 ff.) ersuchte der Gesuchsteller um Zustellung der Einvernahme von Zeugin F. _____ vom 13. Januar 2016 anlässlich der Verhandlung vor dem WSG. Dabei liess er verlauten, er habe von Beginn weg dieses Protokoll gemeint (pag. 97). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2019 bzw. 11. November 2019 wurde dem besagten Antrag stattgegeben, eine entsprechende Kopie zugestellt, Frist zur Stellungnahme angesetzt und diese auf Ersuchen hin einmalig erstreckt (pag. 101 ff.). Mit Schreiben vom 14. November 2019 kritisierte der Gesuchsteller zusammengefasst angebliche Mängel im Einvernahmeprotokoll vom 13. Januar 2016 sowie die Abweisung grundlegender Beweisanträge durch die Staatsanwaltschaft und das WSG. Schliesslich monierte er eine unzulässige Befragungsform der Zeugin F. _____ vor dem WSG wie auch die Würdigung der Aussagen von Zeugin F. _____ und die u.a. daraus gezogenen Schlüsse in Bezug auf die Täterschaft des Gesuchstellers (pag. 115 ff.).

5. In der mit Verfügung vom 18. November 2019 angesetzten Frist zur Duplik liessen sich die Gesuchsgegner 1-3 nicht mehr vernehmen. In der Folge erklärte die Kammer den Schriftenwechsel als abgeschlossen und stellte einen schriftlichen Entscheid in Aussicht (pag. 139 ff.).
6. 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). Gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO entscheidet das Berufungsgericht, wenn Mitglieder des Berufungsgerichts von einem Ausstandsgesuch betroffen sind.
7. Das fristgerecht gestellte Ausstandsgesuch wird von Mitgliedern der Strafkammern (Oberrichter Kiener, Oberrichterin Falkner sowie Oberrichter Gerber) schriftlich entschieden (Art. 59 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 StPO; pag. 33).
8. Die verfassungsmässige Garantie von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) gewährleistet jeder Person den Anspruch, ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entscheiden zu lassen (Urteil des Bundesgerichts [nachfolgend: BGer] 4A_327/2017 vom 31. August 2017 E. 5.2). Der Anspruch auf ein unparteiisches Gericht wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit begründen. Voreingenommenheit bzw. Befangenheit werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Solche Umstände können in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Bei der Beurteilung solcher Gegebenheiten ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen (Urteile des BGer 1B_150/2017 vom 4. Oktober

2017 E. 4.3; 1B_97/2017 vom 7. Juni 2017 E. 2; je mit Hinweisen). Die verfassungsmässige Garantie von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, denen in dieser Hinsicht dieselbe Tragweite zukommt, wird in Art. 56 StPO konkretisiert (Urteile des BGer 4A_327/2017 vom 31. August 2017 E. 5.2; 1B_97/2017 vom 7. Juni 2017 E. 2; je mit Hinweisen; MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 f. der Vorbemerkungen zu Art. 56-60 StPO). Eine in einer Strafbehörde tätige Person tritt namentlich in den Ausstand, wenn sie in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde in der gleichen Sache tätig war (Art. 56 Bst. b StPO) oder wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte (Art. 56 Bst. f StPO). Der Begriff der „gleichen Sache“ i.S.v. Art. 56 Bst. b StPO wird dabei im formellen Sinn verstanden. Er setzt entsprechend die Identität der Parteien, des Verfahrens und der zur Beantwortung stehenden Fragen voraus (BGE 143 IV 69 E. 3.1 S. 73). Ist eine Gerichtsperson in derselben Stellung mit der gleichen Sache mehrfach befasst, liegt kein Fall der Vorbefassung gemäss Art. 56 Bst. b StPO vor. Eine Mehrfachbefassung in diesem Sinn kann aber im Rahmen des Auffangtatbestandes von Art. 56 Bst. f relevant werden (Urteil des BGer 1B_215/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 3.1).

Eine gewisse Besorgnis der Voreingenommenheit und damit Misstrauen in das Gericht kann bei den Parteien immer dann entstehen, wenn eine Gerichtsperson mit der gleichen Sache in der gleichen Stellung schon einmal befasst war. Grundsätzlich liegt jedoch keine unzulässige Mehrfachbefassung und kein Ausstandsgrund eines Richters vor, der an dem durch die Rechtsmittelinstanz aufgehobenen Entscheid in der gleichen Stellung beteiligt war und nach Rückweisung der Sache an der Neuurteilung mitwirkt (Urteil des BGer 1B_94/2019 vom 15. Mai 2019 E. 2.4; BGE 116 Ia 28 E. 2.a S. 30). Ein Richter kann nach der Kassation und Rückweisung seines Urteils grundsätzlich erneut im unterinstanzlichen Verfahren tätig werden und gilt infolge der früheren Mitwirkung unter Vorbehalt besonderer Umstände nicht als befangen (BGE 116 Ia 28 E. 2.a S. 30). Der Beurteilungsspielraum bei der Neuurteilung ist regelmässig begrenzt und der Richter an die Auffassungen des oberinstanzlichen Gerichts gebunden. Anders sieht es aus, wenn bei objektiver Betrachtungsweise zu erwarten ist, der Richter habe sich in Bezug auf einzelne Fragen bereits in einem Ausmass festgelegt, dass der Ausgang des Verfahrens als nicht mehr offen erscheint. Dann kann eine Mehrfachbefassung im Sinne von Art. 56 Bst. f StPO relevant werden (MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 28 und 61 zu Art. 56 StPO mit weiteren Hinweisen; vgl. BGE 131 I 113 E. 3.4 S. 116 mit weiteren Hinweisen).

Materielle oder prozessuale Rechtsfehler sind in erster Linie im Rechtsmittelverfahren zu rügen und lassen sich grundsätzlich nicht als Begründung für eine Verletzung der Garantie des verfassungsmässigen Richters heranziehen. Solange sie nicht besonders krass sind und wiederholt auftreten, sodass sie einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen, sich einseitig zu Lasten einer der Prozessparteien auswirken und eine auf fehlender Distanz und Neutralität beruhende Haltung offenbaren, begründen sie keinen hinreichenden Anschein von Befangenheit (Urteil des BGer 1B_11/2013 vom 11. März 2013 E. 2; MARKUS BOOG, in: Basler

Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 59 zu Art. 56 StPO).

9. Der Gesuchsteller bemängelt im Ausstandsgesuch eine Kumulation von Verfahrensfehlern. Bereits vor dem WSG sei erkannt worden, dass die Anklageschrift die Anstiftung zur Brandstiftung betreffend G._____ ungenügend umschrieben habe. G._____ sei in der Folge erstinstanzlich von der Anschuldigung der Anstiftung zur Brandstiftung rechtskräftig freigesprochen worden. Eine Rückweisung bzw. Ergänzung der Anklageschrift sei nicht erfolgt. Rechtskräftig schuldig erklärt und verurteilt worden sei er lediglich wegen versuchter Brandstiftung. Dass einzig der Gesuchsteller als Haupttäter in Bezug auf die genannte Brandstiftung angeklagt worden sei, G._____ hingegen nicht, sei fehlerhaft (pag. 13 f.). Immerhin habe das Obergericht eine Mitwirkung von G._____ bei der 2. Phase der Brandstiftung erkannt. Infolge der rechtskräftigen Verurteilung bzw. des Freispruches von G._____, könne dieser – unter Vorbehalt einer Revision bzw. einer neuen Anklage – nicht mehr als Haupttäter der Brandstiftung verurteilt werden. Das Obergericht habe nun alles Interesse daran, den erstinstanzlichen Verfahrensfehler zu kaschieren und den Gesuchsteller erneut als Haupttäter schuldig zu sprechen. Denn ein Freispruch des Gesuchstellers hätte zur Folge, dass die Anklage sowie die Verurteilungen als Anstifter zu und wegen Versuchs der Brandstiftung – wohl bezogen auf die Beschuldigten 1 und 2 – gänzlich dahinfallen würden (pag 15, 65).

In der Stellungnahme vom 22. August 2019 verneinten die Gesuchsgegner 1-3 die Vorwürfe einer ergebnisorientierten Vorgehensweise. Sodann führten sie die fehlende Prüfung einer allfälligen Mittäterschaft seitens G._____ auf prozessuale Gründe im Verfahren SK 16 278-280 zurück (pag. 51).

Eingangs ist klarzustellen, dass das Bundesgericht die Rüge der Verletzung des Anklagegrundsatzes offen gelassen hat. Es hat lediglich die Verletzung der Begründungspflicht und damit des Anspruchs auf rechtliches Gehör erkannt (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 267). Basierend auf den bundesgerichtlichen Erwägungen, wonach die Sache zwecks neuer Würdigung des Sachverhalts unter Einbezug sämtlicher Zeugenaussagen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, gilt es, dies im Rahmen des Verfahrens SK 19 128 neu zu beurteilen.

Sodann wurde G._____ zwar freigesprochen von der Anschuldigung der Anstiftung zur Brandstiftung sowie der Anschuldigung der Anstiftung zur Gehilfenschaft zum Betrug. Hingegen wurde er rechtskräftig der versuchten Brandstiftung schuldig erklärt und zu einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten sowie zu den erstinstanzlichen Verfahrenskosten verurteilt (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 072). Die Strafbarkeit des Versuchs setzt – entgegen der Ausführungen des Gesuchstellers – keine Haupttat voraus. Der Versuch ist vielmehr selbst eine solche Tat (vgl. Art. 22 StGB). Ferner gilt eine Anstiftung bereits dann als vollendet, wenn der Tatentschluss hervorgerufen und die Haupttat vom Angestifteten (zumindest) versucht begangen worden ist (Art. 24 StGB; BGE 128 IV 11 E. 2.a S. 15; MARC FORSTER, in: Basler Kommentar, Schweizerisches Strafbuch/Jugendstrafgesetz, 4. Aufl. 2019, N. 24 zu Art. 24). Damit zeigt sich, bei einem Freispruch des Gesuchstellers würde die Verurteilung des Beschuldigten 1 als

Anstifter zur Brandstiftung und des Beschuldigten 2 wegen versuchter Brandstiftung entgegen der Vorbringen des Gesuchstellers nicht gänzlich dahinfallen.

Dass die Gesuchsgegner 1-3 G._____ nicht unnötig schützen bzw. versucht hätten, Verfahrensfehler zu kaschieren, kann der oberinstanzlichen Urteilsbegründung vom 15. September 2017 implizit entnommen werden (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 103 ff.). Immerhin liessen sie darin unter dem Titel «9. Die Rolle des Beschuldigten 2» verlauten, die Kammer gehe davon aus, dass G._____ als Beschuldigter 2 auch bei der zweiten Phase der Brandlegung mit dem Gasofen dabei gewesen sei (im Minimum sei er Schmiere gestanden bei vollem Bewusstsein, was nun passieren würde). Und weiter: «Das erstinstanzliche Urteil wurde vom Beschuldigten 2 (wohlweislich) akzeptiert. Oberinstanzlich sind die gegenüber dem Beschuldigten 2 ausgesprochenen Freisprüche von den Anschuldigungen der Anstiftung zur Brandstiftung und der Anstiftung zur Gehilfenschaft zum Betrug sowie der Schuldspruch wegen versuchter Brandstiftung nicht mehr Verfahrensgegenstand» (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 120). Damit ist gezeigt, dass sich die Gesuchsgegner 1-3 nicht scheuen, vorinstanzliche Verfahrensfehler aufzugreifen und zu bemängeln, weder im Allgemeinen noch zugunsten des Gesuchstellers. Vielmehr zeugt das Aufgreifen dieser Unrechtmässigkeit im erstinstanzlichen Urteil von Objektivität. Hätten die Gesuchsgegner 1-3 hingegen Verfahrensfehler zu kaschieren versucht und den Sachverhalt bzw. die Beweise ergebnisorientiert beurteilt und gewürdigt, hätten sie eine Mitwirkung von G._____ nach erfolgtem rechtskräftigem Freispruch nicht erwogen. Die Kritik des Gesuchstellers, die Gesuchsgegner 1-3 seien infolge erfolgter Verfahrensfehler bei der Staatsanwaltschaft bzw. bei der Vorinstanz voreingenommen und verfolgten das konkrete Ziel, den Gesuchsteller als Haupttäter wegen Brandstiftung zu verurteilen, geht damit fehl und lässt einen Anschein der Befangenheit nicht begründen.

Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass es die alltägliche Arbeit eines oberinstanzlichen Richters ist, erstinstanzliche Verfahrensfehler, wo immer möglich, zu erkennen und zu korrigieren. Dass das Prozessrecht, insbesondere mit dem Institut der Rechtskraft, eine obere Instanz gelegentlich hindert, alle Fehler auszumerzen, ist Entscheidung des Gesetzgebers und unserem Rechtssystem inhärent. Daraus lässt sich folglich ein Anschein der Befangenheit nicht begründen.

10. In Berufung auf die Kritik des Bundesgerichts im Urteil des BGer 6B_160/2018 vom 21. März 2019 E. 1.4.2 rügt der Gesuchsteller, es seien nur Zeugenaussagen verwendet worden, welche für eine Verurteilung des Gesuchstellers gesprochen hätten (pag. 15 f.). Unberücksichtigt geblieben sei hingegen ein klar belegter E-Mailbeweis von H._____ bzgl. einer Falschaussage von I._____ (pag. 17, 21, 67). Die Gesuchsgegner 1-3 hätten damit bewusst die Wiederaufnahme der Parteiverhandlung abgewiesen, um den Gesuchsteller als Haupttäter vorführen zu können. Bei dieser einseitigen Gewichtung der Beweismittel erstaune denn auch nicht (pag. 21), dass die oberinstanzlichen Ausführungen zum Gesuchsteller als Haupttäter im Vergleich zu jenen betreffend die Anstiftung des Beschuldigten 1 eher gering ausgefallen seien (6 Seiten [pag. 17]). Schliesslich kritisiert er im neu wieder aufgenommenen Verfahren die Vorladung von G._____ an sich und dessen

Stellung als Zeuge unter Verweis auf das Urteil des BGer 6B_171/2017 vom 15. Februar 2018 E. 3.4. Dieser habe bereits mehrfach und jeweils widersprüchlich ausgesagt (pag. 21 ff.).

Den Ausführungen des Gesuchstellers halten die Gesuchsgegner 1-3 entgegen, das Bundesgericht habe im besagten Urteil einzig festgehalten, es bestünden allenfalls Hinweise auf eine mögliche Falschaussage seitens I._____

Ausgangspunkt ist die höchstrichterliche Beurteilung, wonach die Kammer nicht alle relevanten Zeugenaussagen hinreichend berücksichtigt und gewürdigt habe. Basierend darauf ist die Verletzung der Begründungspflicht bzw. des rechtlichen Gehörs festgestellt worden (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 267 E. 1.4.2). Sodann rügt das Bundesgericht – entsprechend dem Wortlaut der Gesuchsgegner 1-3 – es hätten Hinweise auf eine mögliche Falschaussage seitens I._____ bestanden, womit die Sache am 14. September 2017 nicht spruchreif gewesen sei (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 268 E. 2.3).

Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in der Abweisung des Beweisantrags auf Wiederaufnahme der Parteiverhandlungen vom 14. September 2017 mit der Begründung, der Sachverhalt sei spruchreif (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 061), zwar ein Rechtsfehler zu erkennen. Jedoch liegen keinerlei Hinweise vor, welche für eine besonders krasse und wiederholt auftretende Rechtsverletzung sprechen. Die besagte Abweisung kommt denn auch keiner schweren Amtspflichtverletzung gleich (vgl. Urteil des BGer 1B_11/2013 vom 11. März 2013 E. 2). Wie die Gesuchsgegner 1-3 zutreffend vorbringen, kann ferner nicht vom Umfang der Ausführungen zur Beweiswürdigung allein auf eine einseitige Beurteilung geschlossen werden. Zudem ist vorliegend weder die Differenz des Umfangs krass noch werden dieselben Beweismittel gewürdigt (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128 pag. 19 124). In der Konsequenz bestehen keinerlei Hinweise auf fehlende Objektivität bzw. Neutralität der Gesuchsgegner 1-3.

Weiter gegen den Anschein der Befangenheit spricht, dass sowohl I._____ wie auch H._____ – beides zentrale Personen im Zusammenhang mit der behaupteten Falschaussage – anlässlich der Neubeurteilung im Hauptverfahren SK 19 128 als Zeugen vorgeladen worden sind. Sodann sind J._____ und G._____, mithin zwei weitere Zeugen, sowie der Gesuchsteller als Beschuldigter/Berufungsführer zur Berufungsverhandlung vorgeladen. Demnach werden im Rahmen der erneuten Verhandlung weitere Beweismittel abgenommen und gewürdigt werden. Entgegen dem Gesuchsteller erachtet es die Kammer vorliegend als sachgerecht und zentral, dass der der versuchten Brandstiftung rechtskräftig schuldig erklärte und verurteilte G._____ zur Einvernahme vorgeladen worden ist. Immerhin ist bei der Feststellung der fehlenden Glaubwürdigkeit des Gesuchstellers massgebend auf dessen Aussagen abgestellt worden. Ferner behauptet der Gesuchsteller, die Aussagen von G._____ seien widersprüchlich und damit nicht glaubhaft. Um dieser Behauptung ausreichend nachgehen zu kommen, erscheint eine erneute Einvernahme G._____ denn auch unumgänglich, zumal dessen Aussagen im ersten oberinstanzlichen Verfahren als konstant und glaubhaft befunden worden sind (vgl. amtliche Akten im Verfahren SK 19 128

pag. 19 127). Die erneute Konfrontation ist damit rechters und gibt zu keinen Befangenheitsbeanstandungen Anlass.

Wie der Gesuchsteller zutreffend ausführt, ist G. _____ als Zeuge zur Berufungsverhandlung der Neubeurteilung vorgeladen worden (pag. 21). Die StPO regelt, wer als Auskunftsperson (Art. 178 f. StPO) und wer als Zeuge (Art. 162 StPO) einzuvernehmen ist. Während Auskunftspersonen nach Art. 178 Bst. b-g StPO nicht zur Aussage verpflichtet sind, da für sie sinngemäss die Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person gelten (Art. 180 Abs. 1 StPO), ist jede zeugnisfähige Person vorbehaltlich der Zeugnisverweigerungsrechte zum wahrheitsgemässen Zeugnis verpflichtet (Art. 162 Abs. 2 StPO; Urteil des BGer 6B_1025/2016 vom 24. Oktober 2017 E. 1.2.1). Somit kommt Zeugen im Vergleich zu Auskunftspersonen lediglich ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht zu. In der Tatsache, dass G. _____ im Verfahren SK 19 128 als Zeuge vorgeladen ist, ist keine einseitige, bewusst zum Nachteil des Gesuchstellers gewählte Vorgehensweise ersichtlich. Ob an dieser Vorgehensweise festzuhalten sein wird, ist Sache des urteilenden Berufungsgerichts. Einen Hinweis auf fehlende Objektivität bzw. Neutralität der Gesuchsteller 1-3 aufgrund der Vorladung von G. _____ als Zeugen kann die Kammer jedenfalls nicht erkennen.

11. Unter dem Titel Gefühle/persönlicher Eindruck beanstandet der Gesuchsteller die Würdigung und einzelne Schlussfolgerungen in der obergerichtlichen Urteilsbegründung im Verfahren SK 16 278-280 (pag. 17 f.). Daraus gehe abermals hervor, dass gezielt Punkte weggelassen bzw. gesucht worden seien, um den Gesuchsteller als Haupttäter zu verurteilen. Es habe mithin bereits eine Überzeugung hinsichtlich der Schuld vorgelegen. Der Lebenserfahrung zufolge sei bekannt, dass der erste und sich festgesetzte Eindruck einer Person nicht mehr einfach abänderbar sei, was einer Unvoreingenommenheit und einem offenen Verfahrensausgang im Wege stehe (pag. 17 f.).

Obschon sich die Gesuchsgegner 1-3 anlässlich der Erstbeurteilung bereits zur Glaubwürdigkeit des Gesuchstellers geäußert haben, können die neuen Zeugeneinvernahmen neue Erkenntnisse bringen und damit zu neuen Schlüssen im Verfahren SK 19 128 führen. Damit ist der Verfahrensausgang offen. Immerhin ist die Kassation durch das oberste Gericht im vorliegenden Fall nicht einzig aus rein formellen Gründen – wie bspw. bei unverwertbaren Aktenstücken, wo der Verfahrensausgang bei einem Gericht in gleicher Besetzung regelmässig als nicht mehr offen erscheint – erfolgt. Eine Mehrfachbefassung i.S.v. Art. 56 Bst. f StPO bewirkt nicht automatisch den Anschein der Befangenheit. Anders verhält es sich – wie ausgeführt – einzig bei Vorliegen besonderer bzw. krasser Umstände, welche vorliegend nicht gegeben sind (Urteil des BGer 1B_11/2013 vom 11. März 2013 E. 2; BGE 116 Ia 28 E. 2.a S. 30). Die Vorbringen des Gesuchstellers sind deshalb nicht stichhaltig.

12. Ausserdem wirft der Gesuchsteller dem Gesuchsgegner 1 vor, seiner Begründungspflicht bei der Ablehnung des Beweisantrags, G. _____ im Verfahren SK 19 128 nicht erneut einzuvernehmen, nicht nachgekommen zu sein. Indem der Gesuchsgegner 1 den Antrag mit der Begründung abgelehnt habe, G. _____ sei

nunmehr als Zeuge unter Hinweis auf Art. 307 StGB zu befragen, woraus ent- wie auch belastende Erkenntnisse für den Beschuldigten/Beschwerdeführer ergehen könnten, sei abermals gezeigt, dass der Gesuchsgegner 1 unbeachtlich neuer Beweisabnahmen voreingenommen sei. Der Wortlaut der Begründung sei für eine ablehnende Beweismittelverfügung zudem äusserst unüblich (pag. 21 f.).

Die Gesuchsgegner 1-3 halten dagegen, es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern mit der Begründung des Gesuchsgegner 1 ein Befangenheitsgrund hätte gesetzt werden können. Zudem entspreche die vorgesehene Befragung von G. _____ als Zeuge der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (pag. 51).

Unter Verweis auf obgenannte Ausführungen erachtet die Kammer die Vorladung von G. _____ als rechtmässig (vgl. Ziff. 9). Für die Vorladung von G. _____ sprechen objektiv nachvollziehbare Gründe, womit auch der negativ lautende Beweismittelbeschluss sachgerecht ist. Die Begründung – wonach diese Einvernahme sowohl zu ent- wie auch zu belastenden Erkenntnissen in Bezug auf den Gesuchsteller führen könne – ist ein Faktum und liegt grundsätzlich in der Natur eines subjektiven Beweismittels. Dass der Gesuchsteller daraus einen Nachteil bzw. einen Befangenheitsgrund abzuleiten versucht, leuchtet nicht ein.

13. Gestützt auf das erstinstanzliche Befragungsprotokoll von F. _____ bringt der Gesuchsteller letztlich vor, deren Einvernahme sei mit Verweis auf das Auftreten des Vorsitzenden und dessen spezieller Fragetechnik als grenzwertig empfunden worden (pag. 3, 17, 67). Sodann hätten bereits die Staatsanwaltschaft wie auch das erstinstanzliche Gericht die Beweisanträge des Gesuchstellers zur Thematik der Entsorgung des Gasofens inkorrektweise abgelehnt (pag. 115). Basierend auf der mangelhaften Einvernahme von F. _____ seien ferner sachwidrige Schlüsse zum Nachteil des Gesuchstellers gezogen worden. Dies unterstreiche abermals, dass das Gericht ohne konkreten Sachbeweis einen Schuldigen in der Person des Gesuchstellers habe festzulegen versucht (pag. 117 ff.).

Dagegen bringen die Gesuchsgegner 1-3 vor, die angeblich grenzwertige Befragung der Zeugin F. _____ durch den Vorsitzenden beziehe sich mangels oberinstanzlicher Einvernahme nicht auf das Berufungsverfahren SK 16 278-280 (pag. 51).

In seinen Vorbringen moniert der Gesuchsteller primär Verfahrensfehler in den Verfahrensabschnitten vor der Staatsanwaltschaft bzw. vor dem erstinstanzlichen Gericht. Hieraus leitet er eine angeblich fehlende Objektivität bzw. eine einseitige Vorgehensweise des Obergerichts ab. Entgegen der Vorbringen des Gesuchstellers sind weder derartige Mängel belegt noch ist ersichtlich, inwieweit solche die Vorgehensweise der Gesuchsgegner 1-3 im Verfahren SK 16 278-280 beeinflusst hätten oder diese im Verfahren SK 19 128 instrumentalisieren könnten. Damit fehlt dieser Kritik eine sachliche Grundlage, womit auch diesbezüglich keine Befangenheitsgründe betreffend die Gesuchsgegner 1-3 feststellbar sind.

14. Gestützt auf die Erwägungen sind nach Auffassung der Kammer keine Umstände ersichtlich, welche eine Befangenheit der Gesuchsgegner 1-3 im Verfahren SK 19 128 zu begründen vermöchten. Die Offenheit des Verfahrens ist vorliegend

gewährleistet und eine unvoreingenommene Beurteilung durch die Gesuchsgegner 1-3 auch weiterhin sichergestellt. Aus diesen Gründen ist das Ausstandsgesuch abzuweisen.

15. Wird das Ausstandsgesuch abgewiesen oder war es offensichtlich verspätet oder mutwillig, so gehen die Kosten zu Lasten der gesuchstellenden Partei (Art. 59 Abs. 4 StPO). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Ausstandsverfahrens dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 StPO). Diese werden bestimmt auf CHF 800.00.
16. Rechtsanwältin B._____ ist für ihren Aufwand im vorliegenden Ausstandsverfahren als amtliche Verteidigerin im Hauptverfahren zu entschädigen (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die 2. Strafkammer beschliesst:

1. Das **Ausstandsgesuch** vom 19. Juli 2019 wird **abgewiesen**.
2. Die **Kosten des Ausstandsverfahrens** werden auf **CHF 800.00** bestimmt und dem Gesuchsteller zur Bezahlung auferlegt.
3. Über die amtliche Entschädigung der amtlichen Verteidigerin wird im Hauptverfahren befunden werden.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, a.v.d. Rechtsanwältin B. _____
 - den Gesuchsgegnern 1-3 (Tragen)

Mitzuteilen:

- der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern
- der K. _____, vertreten durch Rechtsanwalt L. _____
- der M. _____, vertreten durch Fürsprecher N. _____

Bern, 21. Februar 2020

Im Namen der 2. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Kiener

Die Gerichtsschreiberin:

Gerber

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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.