

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 23 491

Bern, 17. Januar 2024

Besetzung

Oberrichter Zbinden (Präsident i.V.), Oberrichter Knecht, Ober-
richter Wuillemin
Gerichtsschreiberin Walthard

Verfahrensbeteiligte

A. _____
verteidigt durch Rechtsanwältin B. _____
Beschuldigter/Gesuchsteller

gegen

E. _____
Gesuchsgegnerin



Gegenstand

Ausstand

Erwägungen:

1. A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) ist Beschuldigter/Berufungsführer im Berufungsverfahren SK 22 540 vor der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern. Die Berufungsverhandlung fand am 24. und 25. Juli 2023 statt.
2. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2023 stellte die Verteidigung des Gesuchstellers in dessen Namen ein Ausstandsgesuch gegen Oberrichterin E._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin). Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, der Gesuchsteller habe bereits gegenüber seinem (damals) aktuellen amtlichen Verteidiger, Rechtsanwalt F._____, geltend gemacht, dass er die Zusammensetzung des Obergerichts ablehne, da er einen Ausstandsgrund sehe; die Gesuchsgegnerin habe als damalige Gerichtspräsidentin bei seiner hochkonfliktuösen Trennung sowie Scheidung den Vorsitz gehabt und diese Verfahren hätten zwischen den gleichen Parteien stattgefunden, wie das betreffende Strafverfahren. Rechtsanwalt F._____ habe jedoch abgelehnt, diesen Einwand zu erheben. Es werde davon ausgegangen, dass diese Thematik von Art. 56 Bst. b und f der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) umfasst werde. Es handle sich zwar nicht, wie von Bst. b statuiert, um die «gleiche Sache», jedoch um die gleichen Parteien. Von der Thematik her liege im Strafverfahren die Sache nicht weit weg von den Themen, die zwischen den Parteien in ihrer Trennung und Scheidung problematisch gewesen seien. Würde die Ansicht vertreten, dass Bst. b nicht greife, so müsse dennoch aufgrund von Bst. f ein Ausstandsgrund gegeben sein, insbesondere, weil eben beide Verfahren strittig gewesen seien und zwischen den Parteien diverse Vorwürfe (auch strafrechtlicher Art) im Raum gestanden hätten. Es könne somit nicht von der Hand gewiesen werden, dass eine intensive Befassung der Richterperson mit den Parteien stattgefunden habe und Befangenheit somit nicht auszuschliessen sei (pag. 1 f.).
3. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2023 wurde der Gesuchsgegnerin Gelegenheit gegeben, innert 20 Tagen schriftlich zum Ausstandsgesuch Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass das Gesuch nach durchgeführtem Schriftwechsel schriftlich entschieden werde, und die Zusammensetzung des Gerichts wurde bekanntgegeben (pag. 16 f.), wobei mit Verfügung vom 15. November 2023 eine abgeänderte Zusammensetzung mitgeteilt wurde (pag. 22).
4. Die Gesuchsgegnerin nahm mit Schreiben vom 13. November 2023 Stellung und führte darin im Wesentlichen aus, es bestünde keine Veranlassung, im Strafverfahren gegen den Gesuchsteller in den Ausstand zu treten. Weder erfülle die Vorbefassung im Rahmen des Eheschutz- und Scheidungsverfahrens zwischen den Parteien den Ausstandsgrund gemäss Art. 56 Bst. b StPO (keine Vorbefassung in der gleichen Sache) noch seien andere Gründe, wie Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand im Sinne von Art. 56 Bst. f StPO auszumachen. Sowohl das Eheschutz- als auch das Ehescheidungsverfahren seien mittels Vereinbarung zwischen den Parteien abgeschlossen worden. Beide Verfahren hätten inhaltlich vor allem die Regelung des Besuchsrechts, das Kindeswohl und finanzielle Fragen betroffen. Inwiefern daraus eine Freundschaft oder Feindschaft

der Gesuchsgegnerin mit oder gegen eine der Parteien oder deren dortige Rechtsvertreter hätte resultieren sollen, sei nicht ersichtlich. Ebenfalls sei nicht ersichtlich, inwiefern der dortige Einblick in die finanziellen, sozialen und familiären Verhältnisse der Ehegatten im vorliegenden Verfahren zu einer Parteilichkeit der Gesuchsgegnerin hätte führen können. Die relevanten Unterlagen aus dem Scheidungsverfahren würden sich in den Akten des vorliegenden Strafverfahrens befinden. Die Frage nach dem Vorliegen eines Ausstandsgrundes trete aber insofern in den Hintergrund, als dass das vorliegend erhobene Ausstandsbegehren wohl sowieso verspätet sei. Ein solches Gesuch wäre ohne Verzug zu stellen gewesen. Der durchwegs anwaltlich vertretene Gesuchsteller habe bereits ganz zu Beginn des Berufungsverfahrens gewusst, wer die Verfahrensleitung innegehalten habe, ohne dass dies je beanstandet worden wäre. Rechtsanwalt F._____ habe zu Beginn der Berufungsverhandlung denn auch ausdrücklich erklärt, mit der Zusammensetzung des Gerichts einverstanden zu sein. Hinzu komme, dass der Gesuchsteller selber der Gesuchsgegnerin während des Verfahrens eigenhändig zahlreiche Briefe geschrieben habe, in welchen er sich nicht gescheut habe, über den Kopf seines jeweiligen Verteidigers hinweg immer wieder neue Prozessanträge zu stellen. Dass er sich durch ein entsprechendes Veto seines Verteidigers von einer ernsthaft angestrebten Ablehnung der Gesuchsgegnerin hätte abbringen lassen, sei vor dem Hintergrund dieser Schreiben praktisch undenkbar. Aus diesem Umstand gehe denn auch klar hervor, dass auch der Gesuchsteller selber keinerlei Einwände gegen die Gesuchsgegnerin als Verfahrensleiterin gehabt habe. Auch anlässlich der Berufungsverhandlung, als er der Kammer persönlich gegenübergesessen habe und in seiner Befragung die familienrechtlichen Verfahren ausdrücklich zur Sprache gekommen seien, habe er eine Ablehnung der Gesuchsgegnerin mit keinem Wort erwähnt. Dass der Gesuchsteller nach bereits ergangenem Urteil und während hängigem Verfahren betreffend Rückversetzung in Sicherheitshaft sowie Wechsel der amtlichen Verteidigung, nun auf einmal mit (wieder) einer neuen Anwältin den Ausstand der Gesuchsgegnerin anbegehre, lasse vermuten, dass er sich mit jedem möglichen Rechtsbehelf gegen das zu seinen Ungunsten ausgefallene Urteil in der Hauptsache, die drohende Rückversetzung in Sicherheitshaft und die drohende Verweigerung des Mandatswechsels zur Wehr setzen möchte. Zu diesem Zweck stünden aber die ordentlichen Rechtsmittel zur Verfügung. Das (verspätete) Ausstandsbegehren sei das falsche Instrument, um gegen unliebsame Prozessergebnisse vorzugehen (pag. 19 f.).

5. Mit Verfügung vom 15. November 2023 wurde die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller zugestellt und festgehalten, dass kein formeller weiterer Schriftenwechsel angeordnet werde (pag. 21 f.). Zumal der Gesuchsteller dennoch weitere handschriftliche Schreiben einreichte (pag. 26 ff., pag. 38 ff.), wies die Verfahrensleitung mit Verfügung vom 15. Dezember 2023 namentlich darauf hin, dass sich das vorliegende Verfahren ausschliesslich mit dem Ausstandsbegehren vom 26. Oktober 2023 befasst (pag. 42 f.). Dennoch reichte der Beschuldigte am 9. Januar 2023 erneut ein handschriftliches Schreiben ein. Die vermutlich albanischsprachige Direkteingabe wurde mit Verfügung vom 12. Januar 2024 zurückgewiesen. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass die neue Eingabe des Gesuchstel-

lers und deren Rückweisung nicht zu einem Zuwarten mit der Beurteilung des Ausstandsbegehrens führt (pag. 44 f.).

6. Gemäss Art. 59 Abs. 1 Bst. c StPO entscheidet das Berufungsgericht über ein Ausstandsgesuch, wenn einzelne Mitglieder des Berufungsgerichts betroffen sind. Die Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern, unter Mitwirkung der nicht vom Ausstandsgesuch betroffenen Obergerichte, ist daher zur Behandlung des vorliegenden Gesuchs zuständig.
7. 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 Abs. 1 StPO). Der Gesetzgeber verzichtete auf die Festlegung einer Frist, innerhalb derer ein Ablehnungsgesuch spätestens zu erfolgen hat. Wie sich aus der Formulierung «ohne Verzug [...], sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat» ergibt, kann das Recht auf Ausstand indessen nicht ohne zeitliche Beschränkung geltend gemacht werden. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Anspruch verwirkt, wenn der Ablehnungsgrund nicht unverzüglich nach dessen Kenntnisnahme geltend gemacht wird (BGE 140 I 271 E. 8.4.3; 136 I 207 E. 3.4). Der Ausstand ist mithin so früh wie möglich, d.h. in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme, zu verlangen. Ein Ablehnungsgesuch, das beispielsweise erst nach zwei Wochen gestellt wird, ist klarenweise verspätet (Urteile des Bundesgerichts 1B_223/2020 vom 9. Dezember 2020 E. 2.2; 1B_18/2020 vom 3. März 2020 E. 3.1; 6B_973/2016 vom 7. März 2017 E. 3.3.2). Bei der Annahme der Verwirkung des Rechts, den Ausstand zu verlangen, ist Zurückhaltung geboten (Urteil des Bundesgerichts 1B_622/2020 vom 10. März 2021 E. 3.1). Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitgewirkt hat, sind aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert 5 Tagen verlangt, nachdem sie vom Entscheid über den Ausstand Kenntnis erhalten hat (Art. 60 Abs. 1 StPO). Nach Ablauf der fünftägigen Frist kann die Aufhebung von früheren Amtshandlungen nicht mehr verlangt werden. Der Ausstandsgrund entfaltet vom Zeitpunkt des Entscheides an Wirkung nur noch für die Zukunft. Die unter Verletzung der Ausstandsvorschriften vorgenommene Amtshandlung ist somit, soweit nicht ausnahmsweise ein besonders schwerwiegender Fall vorliegt, nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar (BOOG, in: Basler Kommentar Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N 3 zu Art. 60 StPO).
8. Wie von der Gesuchsgegnerin zutreffend vorgebracht, erhielt der Gesuchsteller bereits mit Verfügung vom 13. Oktober 2022 Kenntnis darüber, dass die Gesuchsgegnerin im Verfahren SK 22 540 die Verfahrensleitung innehielt (amtliche Akten SK 22 540, pag. 1968 f.). Selbst wenn der (anwaltlich vertretene) Gesuchsteller die Bedeutung der durch die Gesuchsgegnerin unterzeichneten verfahrensleitenden Verfügungen wider Erwarten nicht erkannt haben sollte, müsste er spätestens mit Zustellung der Vorladung vom 10. März 2023 realisiert haben, dass die Gesuchsgegnerin Teil des Spruchkörpers sein würde (vgl. amtliche Akten SK 22 540, pag. 2215). Das vorliegende Ausstandsgesuch datiert vom 26. Oktober 2023 und wurde mithin über ein Jahr nach der genannten Verfügung respektive über 7 Mona-

te nach der Vorladung vom 10. März 2023 eingereicht. Dass es sich hierbei um einen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu langen Zeitraum handelt, liegt auf der Hand. Sollte der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin anhand ihres Namens nicht identifizieren haben können – was er im Übrigen nicht vorbringt –, hätte er sie dennoch allerspätestens anlässlich der oberinstanzlichen Hauptverhandlung vom 24. und 25. Juli 2023 erkennen und ein entsprechendes Ausstandsgesuch stellen müssen. Dennoch liess er nach der oberinstanzlichen Hauptverhandlung rund 3 Monate verstreichen, bevor er durch seine neue Verteidigung ein entsprechendes Gesuch stellen liess. Folglich fehlt es auch dann an der Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs, wenn für die Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes auf die oberinstanzliche Hauptverhandlung abgestellt würde. Mit der Gesuchsgegnerin geht sodann auch die Kammer nicht davon aus, dass der Gesuchsteller einzig aufgrund eines angeblichen Vetos seines damaligen Verteidigers auf das Stellen eines Ausstandsgesuchs verzichtet haben soll. Angesichts der zahlreichen von ihm selber verfassten Schreiben wäre es ihm ohne weiteres möglich gewesen, in Eigenregie ein solches Gesuch zu stellen, oder er hätte zumindest anlässlich seiner oberinstanzlichen Einvernahme mündlich Einwände vorbringen können. Nach dem Gesagten sowie mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung erachtet die Kammer das Ausstandsbegehren des Beschuldigten als verspätet. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist dem Gesuch jedoch auch in materieller Hinsicht kein Erfolg beschieden, weshalb das Gesuch auch bei rechtzeitiger Einreichung abzuweisen gewesen wäre.

9. Nach Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101), Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) sowie Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die verfassungs- bzw. konventionsrechtlichen Garantien werden unter anderem in der Strafprozessordnung konkretisiert. Sie sind verletzt, wenn bei einer Gerichtsperson objektiv betrachtet Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Person oder in äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Für den Ausstand wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. Mit anderen Worten muss gewährleistet sein, dass der Prozess aus Sicht aller Beteiligten als offen erscheint (Urteil des Bundesgerichts 1B_269/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 4.1 mit Hinweisen).
10. Gemäss Art. 56 Bst. b StPO tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person namentlich dann in den Ausstand, wenn sie in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, in der gleichen Sache tätig war. Nicht hierunter fallen die Konstellationen, in denen die in einer Strafbehörde tätige Person zwar in einer anderen Stellung, aber in einer anderen Sache mit derselben Partei befasst war (BOOG, a.a.O., N 17a zu Art. 56 StPO). Der Begriff der gleichen Sache wird von der

Rechtsprechung formal verstanden. Er umfasst die Identität der Parteien, des Verfahrens und der strittigen Beweis- und Rechtsfragen. Nicht erfasst wird ein anderes oder früheres Verfahren, das sich im weitesten Sinne auf den gleichen Sachverhalt bezieht (BOOG, a.a.O., N 17b zu Art. 56 StPO). Demgegenüber kann Gleichheit der Angelegenheit namentlich etwa bei eng zusammenhängenden Strafverfahren vorliegen (BOOG, a.a.O., N 18 zu Art. 56 StPO).

Der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin als damalige Gerichtspräsidentin sowohl im Eheschutz- als auch im Scheidungsverfahren zwischen dem Gesuchsteller und dessen Ex-Frau tätig war, stellt nach dem Gesagten keinen Ausstandsgrund gemäss Art. 56 Bst. b StPO dar, zumal es sich bei diesen familienrechtlichen Verfahren weder um die gleiche Sache noch um eng mit dem Verfahren SK 22 540 zusammenhängende (Straf-)Verfahren handelt.

11. 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. Entscheidendes Kriterium ist, ob der Ausgang des Verfahrens auch bei den problematischen Konstellationen bei objektiver Betrachtung noch als offen erscheint (BOOG; a.a.O., N 38 zu Art. 56 StPO). 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 48 IV 137 E. 2.2; 147 I 173 E. 5.1).

Entgegen den Vorbringen des Gesuchstellers ist nicht ersichtlich, inwiefern vorliegend ein Ausstandsgrund nach Art. 56 Bst. f StPO gegeben sein sollte. Auch wenn die Gesuchsgegnerin sich im Rahmen des Eheschutz- und des Scheidungsverfahrens in beruflicher Weise bereits mit den Parteien auseinandergesetzt hat, liegen keinerlei Hinweise auf eine besondere private Beziehung zwischen ihr und einer Partei oder deren Rechtsbeistand vor. Solch private Beziehungen werden vom Gesuchsteller denn auch nicht weiter geltend gemacht. Allein aus dem Umstand, dass die familienrechtlichen Verfahren strittig gewesen seien und zwischen den Parteien diverse Vorwürfe (auch strafrechtlicher Art) im Raum gestanden hätten, kann sodann noch keine Befangenheit im Sinne von Art. 56 Bst. f StPO abgeleitet werden. Das dem Strafverfahren zu Grunde liegende Hauptdelikt ereignete sich geraume Zeit nach Abschluss der familienrechtlichen Verfahren und konnte bereits deshalb nicht von der dortigen Thematik erfasst gewesen sein. Im Übrigen geht aus den von der Verteidigung eingereichten Unterlagen (pag. 4 ff.) hervor, dass – wie von der Gesuchsgegnerin vorgebracht – insbesondere das Besuchsrecht, das Kindeswohl und finanzielle Fragen Gegenstand der familienrechtlichen Verfahren bildeten.

Inwiefern eine Auseinandersetzung mit diesen Themen zu einer Befangenheit im Strafverfahren hätte führen können, ist weder ersichtlich noch vom Gesuchsteller weiter begründet. Ergänzend ist mit der Gesuchsgegnerin festzuhalten, dass auch der Einblick in die finanziellen, sozialen und familiären Verhältnisse der Ehegatten im Eheschutz- und Scheidungsverfahren nicht ausreicht, um zu einer Parteilichkeit der Gesuchsgegnerin im Strafverfahren zu führen. Einzig aufgrund des Umstands, dass der Gesuchsteller im gegen ihn geführten Strafverfahren verurteilt wurde, kann schliesslich keineswegs auf eine Befangenheit der Gesuchsgegnerin geschlossen werden. Mithin zeigt eine solche Verurteilung auch nicht, dass die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller feindlich gesinnt wäre. Möchte sich der Gesuchsteller gegen die Verurteilung im Strafverfahren wehren, steht ihm dafür der ordentliche Rechtsmittelweg uneingeschränkt offen.

12. Zusammenfassend sind nach Auffassung der Kammer keine Umstände ersichtlich, welche eine Befangenheit oder Voreingenommenheit der Gesuchsgegnerin zu begründen vermöchten. Die Offenheit des Verfahrens SK 22 540 war zu jedem Zeitpunkt gewährleistet und eine unvoreingenommene Beurteilung durch die Gesuchsgegnerin ist auch weiterhin sichergestellt. Aus diesen Gründen ist das Ausstandsgesuch abzuweisen.
13. Wird das Ausstandsgesuch abgewiesen, gehen die Kosten zu Lasten der gesuchstellenden Partei (Art. 59 Abs. 4 StPO). Die Kosten des Ausstandsverfahrens sind folglich dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen. Diese werden auf CHF 600.00 bestimmt. Bei diesem Ausgang des Verfahrens steht dem Gesuchsteller keine Entschädigung zu.

Die 1. Strafkammer beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch vom 26. Oktober 2023 wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahrens, bestimmt auf CHF 600.00, werden dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwältin B. _____
 - der Gesuchsgegnerin
4. Mitzuteilen:
 - Fürsprecher C. _____
 - der Straf- und Zivilklägerin/Anschlussberufungsführerin i.S. SK 22 540, a.v.d. Rechtsanwalt D. _____
 - der Generalstaatsanwaltschaft

Bern, 17. Januar 2024

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Zbinden

Die Gerichtsschreiberin:

Walthard

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung 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