

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 634 50 54
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 18 366

Bern, 12. Oktober 2018

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Hubschmid,
Oberrichterin Bratschi
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

A. _____
a.v.d. Fürsprecher B. _____
Gesuchsteller

C. _____
v.d. Fürsprecher Dr. D. _____
Straf- und Zivilklägerin

Gerichtspräsidentin E. _____
Gesuchsgegnerin 1

Gerichtsschreiberin F. _____
Gesuchsgegnerin 2

Gegenstand

Ausstand

Strafverfahren wegen Bevorzugung eines Gläubigers evtl. betrü-
gerischen Konkurses und Urkundenfälschung



Erwägungen:

1. Am 24. August 2018 stellte A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller), amtlich vertreten durch Fürsprecher B._____, ein Ausstandsgesuch gegen die verfahrenszuständige Gerichtspräsidentin E._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin 1) und die für das Verfahren eingesetzte Gerichtsschreiberin F._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin 2). Er beantragte, es sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Verfahren PEN 17 419 eine neue Besetzung des Einzelgerichts zu bestimmen. Die Gesuchsgegnerin 1 leitete am 27. August 2018 gestützt auf Art. 59 Abs. 1 Bst. b Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312) die Akten zwecks Prüfung des Ausstandes an die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern weiter. Gleichzeitig nahmen sie und die Gesuchsgegnerin 2 zum Gesuch inhaltlich Stellung. Sie erachten sich als nicht befangen. Nachdem der Gesuchsteller die Frist zur Einreichung einer Replik zweimal verlängern liess, hielt er mit Schreiben vom 8. Oktober 2018 an seinem Rechtsbegehren fest.

Dem Ausstandsgesuch ist Folgendes vorausgegangen: Mit Beschluss SK 17 47 + 48 der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. Oktober 2017 wurde das Urteil des Regionalgerichts Oberland (Gesuchsgegnerin 1 / Gesuchsgegnerin 2) vom 2. November 2016 im Verfahren PEN 15 336/338 gestützt auf Art. 409 Abs. 1 StPO betreffend den Gesuchsteller aufgehoben und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Weiteren wurden die Beweisanträge auf Durchführung und Würdigung der Einvernahmen von G._____, H._____, I._____, A._____ sowie Notar J._____ durch die 1. Strafkammer gutgeheissen. Das Verfahren wird neu vom Regionalgericht Oberland unter der Verfahrensnummer PEN 17 419 geführt.

2. 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 StPO). Zuständig für den Entscheid ist die Beschwerdekammer (Art. 59 Ziffer 1 lit. b StPO). Die Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Auf das form- und fristgerechte Ausstandsgesuch ist einzutreten.
3.
 - 3.1 Fürsprecher B._____ bringt im Ausstandsgesuch vor was folgt: Er habe anlässlich der erstinstanzlichen Verhandlung am 1. / 2. November 2016 gemäss der Instruktion des Gesuchstellers gehandelt und keine weiteren Beweisanträge gestellt. Der Gesuchsteller habe die Abhaltung eines Plädoyers gewünscht, um das für ihn sehr belastende Verfahren beenden zu können. Gemäss Art. 6 StPO seien die Strafbehörden verpflichtet, von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen abzuklären. Die Parteien treffe keinerlei Beweisführungslast. Es wäre im Sinne der Ermittlung der materiellen Wahrheit Aufgabe der Verfahrensleitung gewesen, die Einvernahmen von G._____, H._____ und Notar J._____ anzuordnen. Auf jeden Fall könne der Verteidigung das Nichtbeantragen von Beweismassnahmen nicht zum Vorwurf gemacht werden. Indem die Gesuchsgegnerin 1 am 1. November 2016 zum Er-

gebnis gelangt sei, die Verhandlung werde ohne die Einvernahmen von G._____, H._____ und von Notar J._____ weitergeführt, habe sie eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Folglich sei davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerinnen aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung betreffend die von der 1. Strafkammer angeordneten Einvernahmen gebildet hätten und deswegen bei deren Durchführung und Würdigung befangen seien. In der Verfügung der Gesuchsgegnerin 1 vom 11. Juli 2018 werde der Verteidigung zudem unterstellt, dass diese die interessierenden Beweisanträge damals als nicht erforderlich erachtet haben dürfte. Daraus würden in unzulässiger Weise Schlüsse gegen den Gesuchsteller gezogen. Im Weiteren sei die nicht erfolgte Einvernahme von Notar J._____ klar zu Lasten des Gesuchstellers verwendet worden. Dies zeige die E. 7 des Beschlusses der 1. Strafkammer, wonach gemäss Auffassung der Kammer die Beweismassnahmen geeignet seien, der Suche nach der materiellen Wahrheit zu dienen. Entgegen dem Untersuchungsgrundsatz habe die Gesuchsgegnerin 1 im Verfahren PEN 15 336/338 nicht nach der materiellen Wahrheit gesucht, indem die Einvernahmen nicht von Amtes wegen angeordnet worden seien. Da sich die Gesuchsgegnerin 1 nun gegen einen Ausstand mit einer 19-zeiligen, relativ forschen Argumentation wehre, deute dies darauf hin, dass sie nach den angeordneten Einvernahmen – egal welche Aussagen dort zu Protokoll genommen würden – das Urteil vom 2. November 2016 bestätigen werde. Vernünftigerweise müsse deshalb für eine erneute Beurteilung aus den 13 zur Verfügung stehenden Gerichtspräsidenten des Regionalgerichts Oberland nicht ausgerechnet die Gesuchsgegnerin 1 ausgewählt werden. Durch die erneute Befassung mit der ursprünglich nicht durchgeführten Beweismassnahme seien die Gesuchsgegnerinnen gemäss Art. 56 Bst. b StPO in der gleichen Sache tätig und damit befangen.

In der Replik wiederholt der Gesuchsteller im Wesentlichen seine bereits vorgebrachten Argumente. Sie werden im Einzelnen direkt bei der Würdigung abgehandelt (siehe hinten E. 7).

- 3.2 Die Gesuchsgegnerinnen erachten sich mit folgender Begründung als nicht befangen: Mit Beschluss der 1. Strafkammer vom 9. Oktober 2017 sei das Urteil des Regionalgerichts Oberland vom 2. November 2016 gestützt auf Art. 409 Abs. 1 StPO betreffend den Gesuchsteller aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen worden; dies namentlich zur Durchführung und Würdigung der mit diesem Beschluss gutgeheissenen Beweismassnahmen. Der oberinstanzliche Beschluss verlange keine Neuverteilung an einen anderen Spruchkörper. Der aktuelle Spruchkörper erachte sich nicht als befangen. Es könne vorab auf die mit Verfügung vom 11. Juli 2018 erfolgte Begründung verwiesen werden, welche in Absprache mit der Gesuchsgegnerin 2 erfolgt sei:

Im Vorfeld der Hauptverhandlung vom 1./2.11.2016 hat die Verteidigung keine Beweisanträge gestellt (pag. 1085). Nach Bekanntwerden des beauftragten Notars, zurückzuführen auf die Aussage von I._____ in der Hauptverhandlung, hat die Verteidigung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung keine Verfahrensankträge gestellt und angefügt, dass sie im Sinn habe, zu plädieren (pag. 1136). Auch auf die konkrete Frage nach weiteren Beweisanträgen hat die Verteidigung keine gestellt, womit sie solche dazumal als nicht erforderlich erachtet haben dürfte (pag. 1139). Die Unterzeichnende hat die Parteien zuvor darauf hingewiesen, sofern Notar J._____ nicht befragt werde, dies nicht zuläs-

ten des Beschuldigten verwendet werden dürfe (pag. 1135). Es ist deshalb nicht zutreffend, dass die Unterzeichnende eine antizipierte Beweismündigung zulasten des Beschuldigten vorgenommen hätte. Entsprechendes lässt sich auch der Urteilsbegründung nicht entnehmen (pag. 1191 ff.). Insofern handelt es sich bei den Ausführungen der Verteidigung um reine Mutmassungen, die keine Befangenheit zu konstruieren vermögen. Die Verteidigung hat die von ihr genannten Beweisanträge erst im Berufungsverfahren gestellt. Angesichts der Anzahl der Einvernahmen hat das Obergericht auf Eigeninitiative das erstinstanzliche Urteil betreffend den Beschuldigten kassiert, und nicht etwa infolge eines Verfahrensfehlers. Entsprechend hat es das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen, ohne personelle Neuzuteilung. [...]

Der Gesuchsteller habe also den Antrag auf Zeugeneinvernahmen von Notar J._____, G._____ und H._____ erstmals im Rechtsmittelverfahren gestellt. Entsprechend habe das erstinstanzliche Gericht in der Hauptverhandlung vom 1. und 2. November 2016 nicht über diese Beweisanträge der Parteien zu entscheiden gehabt. Von Amtes wegen habe es dazumal die Einvernahmen von Notar J._____ und G._____ nicht als erforderlich erachtet, wie notabene die anwesenden Parteien ebenfalls nicht. Für die Beweggründe könne auf Ziff. 4.3.1 der Urteilsbegründung vom 2. Februar 2017 verwiesen werden. Die Gesuchsgegnerin 1 habe die Parteien in der Hauptverhandlung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sofern Notar J._____ nicht befragt werde, dies nicht zulasten des Gesuchstellers verwendet werden dürfe. Die Verteidigung moniere, daran habe sich das Gericht nicht gehalten, führe aber nicht aus inwiefern. In seiner Begründung und Argumentation habe sich das Gericht auf die Aussagen von I._____ und A._____ gestützt und basierend darauf die Beweis- und rechtliche Würdigung vorgenommen. Der Name H._____ sei dem erstinstanzlichen Gericht bis zur Kenntnisnahme des Aufhebungsbeschlusses der 1. Strafkammer gar nicht bekannt gewesen. Es erschliesse sich deshalb nicht, dass und in welcher Form es voreingenommen gehandelt haben sollte resp. zukünftig handeln soll. Die Gesuchsgegnerinnen seien aufgrund ihrer Tätigkeit und Erfahrung in der Lage, die Zeugeneinvernahmen unvoreingenommen durchzuführen und zu würdigen. Aus dem bisherigen Verhalten der Gesuchsgegnerinnen würden sich keinerlei objektive Gründe ergeben, dass dem nicht so wäre. Es handle sich bei den Ausführungen des Gesuchstellers um Mutmassungen, die keine Befangenheit zu konstruieren vermöchten.

4. Die verfassungsmässige Garantie von Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) gewährleistet jeder Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, unter anderem den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Eine Gerichtsperson gilt als befangen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in ihre Unparteilichkeit zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einer bestimmten persönlichen Einstellung zum Verfahrensgegenstand, einem persönlichen Verhalten der betreffenden Person oder in gewissen äusseren Gegebenheiten liegen. Entscheidendes Kriterium ist, ob bei problematischen Konstellationen der Ausgang des Verfahrens bei objektiver Betrachtungsweise noch als offen erscheint (BOOG, in: Basler Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Vor Art. 56-60 StPO). Gemäss Art. 56 Bst. f StPO tritt eine in einer Strafbehörde tätige Person in den

Ausstand, wenn sie aus anderen Gründen (als den in Bst. a-e genannten), insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand befangen sein könnte. Die Mehrfachbefassung einer Richterin in der gleichen Stellung mit der gleichen Sache stellt nicht automatisch einen Ausstandsgrund dar. Ein Richter kann nach der Kassation und Rückweisung seines Urteils grundsätzlich erneut tätig werden. Der Beurteilungsspielraum bei der Neuurteilung ist regelmässig begrenzt und der Richter an die Auffassungen des oberinstanzlichen Gerichts gebunden. Anders sieht es aus bei Kassationen aus rein formellen Gründen. In dieser Konstellation soll der Richter, der sich bereits einmal in der gleichen Sache festgelegt hat, noch einmal urteilen, und zwar ohne dabei an Weisungen gebunden zu sein. Der Verfahrensausgang erscheint in diesen Konstellationen nicht mehr ohne Weiteres als offen. Die Richterin hat sich ihre Meinung gebildet und diese geäussert (vgl. KELLER, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 32 Art. 56 StPO; siehe auch Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 15 176 vom 3. August 2015). Wenn also zu erwarten ist, der Richter habe sich in Bezug auf einzelne Fragen bereits in einem Ausmass festgelegt, dass das Verfahren nicht mehr als offen erscheint, kann eine Mehrfachbefassung im Sinn von Art. 56 Bst. f StPO relevant werden:

Ist die (Gerichts-)Person in derselben Stellung mit der gleichen Sache mehrfach befasst, liegt kein Fall der Vorbefassung i.S.v. Art. 56 lit. b 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 lit. f 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. Keine unzulässige Mehrfachbefassung liegt etwa vor bei der Gerichtsperson, welche an dem durch die Rechtsmittelinstanz aufgehobenen Entscheid, beteiligt war und nach Rückweisung der Sache an der Neuurteilung mitwirkt (Art. 409 und 397 Abs. 2). Von den beteiligten Richtern wird grundsätzlich erwartet, dass sie die Sache mit der nötigen Professionalität und Unvoreingenommenheit nochmals behandeln. Anders liegt es freilich etwa, wenn sich der zuständige Richter bei der erneuten Befassung nach einer Rückweisung selber für befangen erklärt oder wenn die Richter der Berufungsinstanz im vom Bundesgericht aufgehobenen Urteil in antizipierter Beweismwürdigung zum Ergebnis gelangt sind, die Aussagen eines Zeugen, wie auch immer sie lauten mögen, vermöchten den Angeklagten nicht zu entlasten, sodass sie den Eindruck erwecken, sie seien nicht in der Lage, die vom Bundesgericht angeordnete ergänzende Zeugeneinvernahme unvoreingenommen zu würdigen. (BOOG, a.a.O., N. 28 f. zu Art. 56 StPO).

Die Ausstandsregeln beziehen sich [...] auf die Gerichtspersonen, d.h. auf die Mitglieder des Gerichts sowie die Gerichtsschreiber (vgl. Art. 34 Abs. 1 BGG). [...] Mitglied der Vorinstanz ist, wer am Verfahren mitwirkte und dieses in der Sache durch Antragsrechte, Mitwirkung bei der Entscheidberatung oder durch Ausfertigung der Entscheidungsgründe beeinflussen konnte, mithin auch Gerichtsschreiber. [...] Voraussetzung ist, dass der Gerichtsschreiber mit beratender Stimme am Verfahren teilnimmt; soweit er nur juristische Abklärungen trifft, ohne einen Lösungsvorschlag zu unterbreiten, wirkt er nicht am Verfahren mit, BGer, I. ZA, 24. 3. 2006, 4P.35/2006, in: Pra 2007, Nr. 14, 81; KUKO ZPO²-Kiener, Art. 47 N 7. (BOOG, a.a.O., N. 12, 35 und Fn. 30 zu Art. 56 StPO).

5. In ihrem Beschluss vom 9. Oktober 2017 hielt die 1. Strafkammer, soweit hier von Relevanz, fest was folgt (E. 6 f.):

Für die Vorinstanz stand fest, dass der undatierte Vertrag von beiden Beschuldigten unterzeichnet worden sei. Dabei spiele es nur eine sekundäre Rolle, wer die Idee für den Vertrag gehabt habe und ihn effektiv aufgesetzt habe. Sollte dies Notar J. _____ getan haben, hätte er sich separat strafrechtlich zu verantworten. Massgebend sei, dass die beiden Beschuldigten den Vertrag unbestritten massen gelesen und unterzeichnet und damit effektiv gewollt hätten. Keiner der Beschuldigten habe sich auf Willensmängel oder Täuschung berufen, die den Vertrag als ungültig bzw. nichtig erscheinen lassen würden. Vielmehr sei der Vertrag durch die Beschuldigten entsprechend umgesetzt worden. Die Beschuldigten seien dem Vertrag nachgekommen und hätten damit dessen Inhalt genau verstanden. Auch wenn der Verfasser des Vertrages ein Notar gewesen sein möge, hätten die Beschuldigten den Vertrag mit ihrer Unterschrift gewollt und in der Folge auch danach gehandelt (pag. 1196 f., S. 6 f. der erstinstanzlichen Urteilsbegründung). Die Verteidigung macht im Rahmen der Begründung der Beweisanträge geltend, die Beschuldigten hätten als Laien einen Rechtsexperten und Urkundsperson beauftragt und sich dadurch für die rechtliche Korrektheit abgesichert. Die beantragten Zeuginnen seien an diesem Termin vor Ort anwesend gewesen und seien daher im Stande, Aussagen über die Rolle der Beteiligten zu Protokoll zu geben. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei es sehr wohl von zentraler Bedeutung, wenn ein Notar des Kantons Bern gegenüber Laien, welche diesem ein Problem schildern und ein Mandat um Ausarbeitung einer vollumfänglichen Lösung erteilen, im Ergebnis ein Produkt als Vertrag präsentiere, der von strafrechtlicher Relevanz sei. Dies sei weit mehr als nur eine Idee für einen Vertrag zu haben, wie dies von der Vorinstanz falsch gewürdigt worden sei. Als Laie dürfe man davon ausgehen, dass ein Notar niemals eine Urkunde redigieren würde, welche von strafrechtlicher Relevanz sein könnte. Zudem habe Notar J. _____ die Bedenken von G. _____, welche als Einzige eine kaufmännische Ausbildung absolviert habe, schlüssig widerlegt (pag. 1414). Nach Auffassung der Kammer erscheinen die beantragten Beweismassnahmen geeignet, der Suche nach der materiellen Wahrheit zu dienen. Hierzu gehören namentlich die (erstmaligen) Einvernahmen von G. _____ und H. _____ sowie zwingend auch von Notar J. _____, der vorgängig vom Berufsgeheimnis zu entbinden sein wird. Zusammen mit ergänzenden Einvernahmen von I. _____ und des Beschuldigten, dem betreffend die neuen Zeugnisaussagen das rechtliche Gehör zu gewähren sein wird, sprengen Umfang und mögliche Auswirkungen dieser Beweismassnahmen den Rahmen der vom Gesetzgeber in Art. 389 StPO vorgesehenen oberinstanzlichen Beweisergänzungen. Im Wissen um den Ausnahmecharakter einer Kassation und in Kenntnis der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint vorliegend eine Rückweisung zur Wahrung der Parteirechte unumgänglich, zumal ein bedeutender Instanzenverlust drohen kann (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B_1302/2015 vom 28. Dezember 2016 E. 4.2.1.; 6B_794/2014 vom 9. Februar 2015 E. 8.2.). Somit weist das erstinstanzliche Verfahren – wie sich allerdings erst aufgrund der oberinstanzlich gestellten Beweisanträge des Beschuldigten gezeigt hat – einen wesentlichen (Beweis-)Mangel auf, der im Berufungsverfahren nicht regelkonform geheilt werden kann. Das angefochtene Urteil ist daher betreffend A. _____ (Bst. A., Bst. B. II. 4., Bst. C. I. 1., II.) aufzuheben. Die Sache ist zur Fortsetzung der Hauptverhandlung bzw. des Beweisverfahrens und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen (unter Hinweis auf Art. 409 Abs. 2 und 3 StPO).

6. Im Protokoll der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 1. / 2. November 2016 finden sich folgende Ausführungen unter anderem zur Thematik, ob weitere Beweismassnahmen notwendig sind (pag. 1135 f.)

Die Gerichtspräsidentin erkundigt sich bei den Parteien auf Grund der fortgeschrittenen Zeit, ob die Einvernahme mit Herrn K. _____ noch vor oder nach dem Mittag stattfinden soll.

RA L._____ macht folgende Anmerkung: Durch die neuen Erkenntnisse [das Bekanntwerden, dass Notar J._____ rechtserheblich involviert sein könnte; Anm. hinzugefügt] sei er der Ansicht, dass das Verfahren nicht einfach weiter geführt werden könne. Es sei zivilrechtlich über eine Streitverkündung nachzudenken. Der Prozess könne nur weiter geführt werden, wenn die Zivilklage auf den Zivilweg verwiesen werde. Sonst müsse er den Abbruch der Verhandlung und ein Vorgehen nach Art. 333 Abs. 3 StPO beantragen. Es würden sich hier sowohl strafrechtliche wie auch zivilrechtliche Probleme ergeben.

FS D._____ gibt an, die Streitverkündung sei bei der Adhäsionsklage nicht vorgesehen. Es sei zudem nicht erforderlich, dass ein möglicher Mittäter zeitgleich beurteilt werde. Der Beschuldigte wisse den Namen des Notars zudem schon lange und hätte diesen auch früher sagen können. Die Verhandlung sei weiterführen.

FS B._____ merkt an, es stelle sich wirklich die Frage, wie es nach dieser Aussage weiter gehen solle. Er sei aber noch nicht in der Lage einen konkreten Antrag zu stellen und müsste sich auch mit seinem Klienten besprechen.

RA L._____ merkt an, der Adhäsionsprozess gebe die Möglichkeit den Zivilpunkt an das Strafverfahren anzuhängen, ansonsten seien jedoch keine Änderungen der Regeln des Zivilprozesses auszumachen. Wieso es zu einer Schlechterstellung des Beklagten kommen solle, sehe er nicht ein. Die Beteiligungsform des genannten Notars habe auch Einfluss auf das hiesige Strafverfahren. Es sei nicht ganz unproblematisch, dieses einfach weiterzuführen. Die Dauer des Verfahrens könne sich nicht zu Lasten seines Mandanten auswirken.

FS D._____ ist der Ansicht, dass ein allfälliges Verfahren gegen den Notar separat geführt werden könnte. Zudem sage das Bundesgericht klar, keine formelle Streitverkündung. Auch wenn die lange Dauer nicht dem Beschuldigten anzulasten sei, hätte er das alles auch früher sagen können.

FS B._____ gibt an, er habe die Problematik noch nicht vertiefen können. Es stelle sich aber schon die Frage ob der Fall liquide sei oder nicht. Die Rolle des Notars könne für die Beurteilung bedeutend sein.

Die Gerichtspräsidentin führt aus, dass gegen Notar J._____ grundsätzlich auch ein separates Verfahren möglich sei. Werde er in diesem Verfahren nicht befragt, dürfe dies aber auch nicht zu Lasten der Beschuldigten verwendet werden. Zudem gebe es auch Verjährungsprobleme.

In Absprache mit den Parteien wird der Entscheid darüber für nach dem Mittag in Aussicht gestellt.

[...]

Die Gerichtspräsidentin fordert die Parteivertreter auf ihre Anträge zu formulieren:

RA B._____ merkt an. Er stelle keine Anträge und habe im Sinn heute zu plädieren.

RA L._____:

- Die Verhandlung sei weiterzuführen, die Zivilklage sei jedoch abzutrennen und auf den Zivilweg zu verweisen. Evtl. sei die Verhandlung abubrechen und die Sache an die StA zurückzuweisen.

RA D._____:

- Die Verhandlung sei weiterzuführen.

Hierauf wird unter kurzer mündlicher Begründung verfügt:

Die Verhandlung wird fortgesetzt.

7.

- 7.1 Vorab ist in aller Kürze festzuhalten, dass auch die Gesuchsgegnerin 2 als Gerichtsschreiberin in den Ausstand zu treten hätte, falls ein Ausstandsgrund zu bejahen wäre. Es ist davon auszugehen, dass sie im Strafprozess PEN 15 336/338 – einem einzelrichterlichen Verfahren – mit beratender Stimme aktiv bei der sachverhaltlichen sowie der rechtlichen Würdigung des vorgefallenen Geschehens mitgewirkt hatte.
- 7.2 Indessen liegen konkret keine Gründe vor, die einen Ausstand nach sich ziehen würden – weder hinsichtlich der Gesuchsgegnerin 1 noch hinsichtlich der Gesuchsgegnerin 2. Im Einzelnen ist den Argumenten des Gesuchstellers zu entgegen was folgt:

Erstens ist nicht erkennbar, inwiefern sich die Gesuchsgegnerinnen im Hinblick auf die durchzuführenden Zeugeneinvernahmen bereits auf ein strafprozessual relevantes Beweisergebnis festgelegt hätten. Es ist zwar zutreffend, dass die Gesuchsgegnerin 1 – nebenbei bemerkt nicht zuletzt aufgrund des Verhaltens und der nicht gestellten Beweisanträge der Parteien – bewusst davon absah, eine Einvernahme insbesondere mit Notar J._____ durchzuführen. Die 1. Strafkammer kam auch für die Beschwerdekammer richtigerweise zum Schluss, dass diese nachzuholen ist. Allerdings handelt es sich dabei um eine Unvollständigkeit im Rahmen der Sachverhaltsermittlung, die – wie es ja geschehen ist – mittels Rechtsmittelverfahren korrigiert werden kann. Daraus alleine ergibt sich kein Ausstandsgrund. Die gesuchstellerische Behauptung, es stehe bereits fest, dass die Gesuchsgegnerinnen das Urteil vom 2. November 2016 bestätigen würden, entbehrt einer Grundlage.

Zweitens ergibt sich kein Ausstandsgrund daraus, dass die Beweisführungslast beim Gericht und nicht bei den Parteien liegt und dass es Sache des Gerichts gewesen wäre, zum Schluss zu gelangen, dass die Zeugeneinvernahmen zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts relevant sind. Diesbezüglich kann im Eigentlichen auf das soeben Ausgeführte verwiesen werden: Der fehlerbehaftete Umstand, dass die Gesuchsgegnerin 1 es unterliess, die weiteren Zeugen zu befragen, führte im Rechtsmittelverfahren zur Kassation des erstinstanzlichen Urteils (siehe vorne: Somit weist das erstinstanzliche Verfahren – wie sich allerdings erst aufgrund der oberinstanzlich gestellten Beweisanträge des Beschuldigten gezeigt hat – einen wesentlichen (Beweis-)Mangel auf, der im Berufungsverfahren nicht regelkonform geheilt werden kann. Das angefochtene Urteil ist daher betreffend A._____ (Bst. A., Bst. B. II. 4., Bst. C. I. 1., II.) aufzuheben. Die Sache ist zur Fortsetzung der Hauptverhandlung bzw. des Beweisverfahrens und zur Fällung eines neuen Urteils an die Vorinstanz zurückzuweisen (unter Hinweis auf Art. 409 Abs. 2 und 3 StPO).). Den – notabene erstmals vor oberer Instanz gestellten – Beweisanträgen der Verteidigung wurde entsprochen, womit der prozessuale Nachteil des Gesuchstellers behoben wurde. Nicht ersichtlich ist im Übrigen, inwiefern die Gesuchsgegnerinnen in unzulässiger Weise Schlüsse gegen den Gesuchsteller gezogen hätten, indem sie in der Verfügung vom 11. Juli 2018 der Verteidigung unterstellt hätten, dass diese die Beweisanträge damals als nicht erforderlich erachtet haben dürfte.

Drittens führt es nicht zur Gutheissung des Ausstandsgesuchs, dass die Gesuchsgegnerin 1 ausführte, ursprünglich habe das Gericht die Einvernahme von Notar J._____ und von G._____ als nicht erforderlich erachtet. Das Argument des Gesuchstellers, dass der Anschein einer Befangenheit oder die Gefahr einer Voreingenommenheit ausreicht, ist zwar korrekt. Jedoch vermag die Beschwerdekammer vorliegend auch bei durchaus kritischer Würdigung aller Umstände keine Gefahr einer Voreingenommenheit zu erkennen. Die Gesuchsgegnerinnen sind als professionelle Gerichtspräsidentin respektive Gerichtsschreiberin – beides im Übrigen ausgebildete Rechtsanwältinnen – in der Lage, in unbefangener Weise eine erneute materielle Prüfung des Vorgefallenen vorzunehmen. Dass die Grundsätze eines fairen Verfahrens verletzt sein könnten, ist nicht erkennbar. Mit der Frage, ob die Gesuchsgegnerinnen in der Lage sind, eine erneute objektive Auseinandersetzung in der Sache vorzunehmen, hat der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin 1 am 1. / 2. November 2016 der Ansicht war, dass auf weitere Einvernahmen verzichtet werden könne, im Kern wenig bis gar nichts zu tun. Davon, dass die Gesuchsgegnerinnen in einer antizipierten Beweiswürdigung bereits zum Ergebnis gelangt seien, die Aussagen der einzuvernehmenden Zeugen, wie auch immer sie lauten mögen, vermöchten den Gesuchsteller nicht zu entlasten, kann nach Überzeugung der Beschwerdekammer schlicht keine Rede sein.

Viertens ist nicht sichtbar, inwiefern sich der Umstand, dass Notar J._____ im vorherigen Verfahren nicht als Zeuge einvernommen wurde, konkret zum Nachteil des Gesuchstellers ausgewirkt hätte. Die Argumentationskette des Gesuchstellers erweist sich im Endeffekt als Zirkelschluss. Es sind nämlich zwei verschiedene Fragen, ob einerseits die Gesuchsgegnerin 1 während der ersten mündlichen Verhandlung in juristisch haltbarer Weise zum Entschluss kam, dass keine weiteren Beweise abzunehmen sind, und ob andererseits die Gesuchsgegnerinnen fähig sind, das Ergebnis der ergänzenden Zeugenbefragung unvoreingenommen in die erneut vorzunehmende Beweiswürdigung miteinzubeziehen. Zum jetzigen Zeitpunkt bestehen keine Anhaltspunkte, dass sie dies nicht könnten. Erst nach der erneuten Beweiswürdigung wird feststehen, wie die Gesuchsgegnerinnen die zusätzlichen Aussagen werten. Sollte der Gesuchsteller mit dem Resultat nicht einverstanden sein, könnte er freilich wiederum – wie es die Strafprozessordnung vorsieht – die zuständige Rechtsmittelinstanz anrufen. Exakt so verhält es sich im Übrigen bei zurückgewiesenen Bundesgerichtsurteilen. Auch dort nimmt sich in aller Regel wiederum derselbe Spruchkörper des Obergerichts der Sache an und überprüft diese im Lichte der bundesgerichtlichen Erwägungen neu. Dabei kommt es freilich ebenfalls vor, dass ergänzende Beweise abzunehmen sind. Allein aus dem Umstand also, dass die Gesuchsgegnerinnen im November 2016 der Ansicht waren, dass keine Zeugen mehr zu befragen sind, ergibt sich kein Ausstandsgrund. Und wie gesagt: Der Gesuchsteller vertrat in dem Moment dieselbe Rechtsauffassung (siehe vorne: **FS B.**_____ merkt an, es stelle sich wirklich die Frage, wie es nach dieser Aussage weiter gehen solle. Er sei aber noch nicht in der Lage einen konkreten Antrag zu stellen und müsste sich auch mit seinem Klienten besprechen. / **RA B.**_____ merkt an. Er stelle keine Anträge und habe im Sinn heute zu plädieren.). Ferner ergeben sich auch aus den Ausführungen in der erstinstanzlichen Urteilsbegründung keine Hinweise darauf, dass die Gesuchsgegnerinnen die fehlende Aussage von Notar J._____ zum Nachteil

des Gesuchstellers gewürdigt hätten. Es wird darin im Wesentlichen bloss ausgeführt, dass auch wenn der Verfasser des Vertrages ein Notar gewesen sein mag, die Beschuldigten den Vertrag mit ihrer Unterschrift gewollt und in der Folge auch danach gehandelt hätten (pag. 1197 1. Absatz). Es handelt sich mithin um eine neutrale Würdigung.

Fünftens und letztens ergibt sich kein Ausstandsgrund aus dem Umstand, dass der Name H._____ den Gesuchsgegnerinnen bis zur Kenntnisnahme des Aufhebungsbeschlusses der 1. Strafkammer nicht bekannt war. Es kann grundsätzlich auf vorne Ausgeführtes verwiesen werden. Auch bei diesem Vorbringen handelt es sich letztlich um eine indirekt-abstrakte Argumentation. Natürlich hätten, wenn zum Beispiel der Gesuchsteller die Befragungen von Notar J._____ sowie (ggf. gestützt darauf) von H._____ verlangt hätte und diese alsdann durchgeführt worden wären, die Gesuchsgegnerinnen Kenntnis davon erhalten, dass H._____ und G._____ ebenfalls im Büro des Notars anwesend waren. So ist es aber nicht gewesen, und es ist unzweckmässig, hypothetische Verfahrensabläufe zu erörtern. Und selbst wenn der Schluss gezogen werden könnte, dass die Gesuchsgegnerinnen anlässlich der Verhandlung vom 1. / 2. November 2016 zu wenig nach der materiellen Wahrheit gesucht hätten, ergibt sich daraus kein Ausstandsgrund. Wie bereits mehrfach dargelegt, sind Verfahrensfehler prinzipiell mit Rechtsmitteln zu korrigieren. Wird ein Verfahren in der Folge an die Vorinstanz zurückgewiesen, ist nicht ohne weiteres von Ausstandsproblematiken auszugehen.

- 7.3 Nach dem Ausgeführten erweist sich das Ausstandsgesuch als unbegründet. Es ist kostenfällig abzuweisen.
8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 59 Abs. 4 StPO). Die amtliche Entschädigung für das Ausstandsverfahren wird am Ende des Verfahrens durch das urteilende Gericht festgesetzt (Art. 135 Abs. 2 StPO). Hinsichtlich der amtlichen Entschädigung bestehen eine Rückzahlungspflicht und ein Nachforderungsrecht (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahrens, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Die amtliche Entschädigung für das Ausstandsverfahren wird am Ende des Verfahrens durch das urteilende Gericht festgesetzt.
4. Zu eröffnen:
 - dem Gesuchsteller, a.v.d. Fürsprecher B. _____
 - der Gesuchsgegnerin 1 (mit den Akten)
 - der Gesuchsgegnerin 2Mitzuteilen:
 - der Regionalen Staatsanwaltschaft Oberland, Staatsanwalt N. _____
(O 11 6789)
 - der Straf- und Zivilklägerin, v.d. Fürsprecher Dr. D. _____

Bern, 12. Oktober 2018

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

i.V. Oberrichterin Hubschmid

Der Gerichtsschreiber:

Müller

Die Kosten des Ausstandsverfahrens werden durch die Beschwerdekammer in Strafsachen in Rechnung gestellt.

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 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.