

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 23 326

Bern, 27. September 2023

Besetzung

Oberrichter Bähler (Präsident), Oberrichter Gerber,
Oberrichter Horisberger
Gerichtsschreiber Rudin

Verfahrensbeteiligte

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

C. _____
Gesuchsgegnerin



Gegenstand

Ausstand

Strafverfahren wegen betrügerischen Missbrauchs einer Daten-
verarbeitungsanlage und Widerhandlung gegen das Waffengesetz

Erwägungen:

1.

1.1 Vor dem Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Regionalgericht), Gerichtspräsidentin C._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin), ist ein Strafverfahren gegen A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) wegen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage und Widerhandlung gegen das Waffengesetz hängig. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 und Schreiben vom 6. Juli 2023 edierte die Gesuchsgegnerin bei der D._____ AG ergänzende Unterlagen und legte dieser einen Fragenkatalog zur Beantwortung vor. Nach Eingang der zusätzlichen Unterlagen bzw. Antworten der D._____ AG verfügte die Gesuchsgegnerin am 20. Juli 2023 (dem Gesuchsteller zugestellt am 24. Juli 2023), der Staatsanwaltschaft werde Gelegenheit gegeben, die Anklageschrift innert einer Frist von 10 Tagen zu ergänzen resp. zu erweitern. Mit Eingabe vom 31. Juli 2023 (vorab per Fax) stellte der Gesuchsteller, amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt B._____, ein Ausstandsgesuch gegen die Gesuchsgegnerin. Mit Verfügung vom 2. August 2023 nahm diese zum Ausstandsgesuch Stellung und leitete dieses an die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) weiter. Auf die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels wurde verzichtet.

1.2 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 Abs. 1 Bst. b StPO). Nach der Rechtsprechung muss die gesuchstellende Person den Ausstand in den nächsten Tagen nach Kenntnis des Ausstandsgrunds verlangen. Andernfalls verwirkt sie grundsätzlich den Anspruch (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3 mit Hinweisen). In der Regel gilt ein sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds gestelltes Gesuch noch als rechtzeitig; ein zwei- bis dreiwöchiges Zuwarten ist dagegen bereits verspätet (Urteile 1B_42/2022 vom 14. Juni 2022 E. 2.1; 1B_266/2021 vom 25. August 2021 E. 2; 1B_98/2020 vom 26. November 2020 E. 2.2; je mit Hinweisen). Bei ganz offensichtlichem Anschein der Befangenheit steht die allfällige Verspätung eines Ausstandsgesuchs der Ausstandspflicht unter Umständen nicht entgegen (Urteil des Bundesgericht 1B_209/2022 vom 22. Dezember 2022 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen). Auf das form- und fristgerecht eingereichte Ausstandsgesuch wird eingetreten.

1.3 Der Gesuchsteller begründet das Ausstandsgesuch wie folgt:

Unter Verweis auf BGE 148 IV [recte: 124] Erw. 2.6.7 ist es dem Sachgericht untersagt, die Rolle der Anklage zu übernehmen. Im Gerichtsverfahren gilt grundsätzlich das Immutabilitätsprinzip. Das Sachgericht hat in der Regel daher nur darüber zu urteilen, ob die beschuldigte Person im Sinne der Anklage schuldig zu sprechen ist, und nicht aus eigener Initiative über eine Anklageergänzung nach Art. 333 Abs. 1 StPO eine härtere rechtliche Qualifikation anzustreben. Aus diesem Grund wäre es aus Sicht der Verteidigung angezeigt gewesen, der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland nach Kenntnisnahme der von der D._____ AG erhaltenen Antworten die Möglichkeit zur Anklageergänzung

einzuräumen. Ihre mit Ihrer Verfügung vom 20. Juli 2023 direkte und in korrigierender Form erfolgende Aufforderung zur Anklageergänzung stellt hingegen aus Sicht der Verteidigung eine aktive Rolle dar, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung untersagt ist. Das Sachgericht darf nämlich die Anklagebehörde einerseits gerade nicht anweisen, wie die Anklage zu verbessern ist, oder andererseits, wie diese zu formulieren wäre, da dies mit der Rollenteilungsfunktion des Anklagegrundsatzes unvereinbar ist (vgl. dazu MEIER/VOSER, forum poenale 2023, Flexible Anklagen und anklagende Opfer?, S. 61 ff.). Genau dies ist vorliegend mit Ihrer Verfügung vom 20. Juli 2023 aber geschehen.

Zudem wird die Verteidigung gestützt auf Ihre Verfügung vom 26. Juli 2023 erst am Abend vor der Hauptverhandlung Kenntnis von der nun effektiv massgebenden Anklageschrift erhalten. Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass unter diesen Voraussetzungen eine wirksame Verteidigung schlicht nicht gewährleistet ist, was das Sachgericht aber offensichtlich wenig stört.

[...]

Mit Ihrer unzulässigen aktiven Einflussnahme auf die Anklageergänzung liegen in casu solche Umstände vor, die objektiv geeignet sind, Misstrauen in Ihrer Unparteilichkeit zu erwecken. Das vorliegende Ausstandsgesuch wegen Befangenheit ist daher eingehend begründet.

- 1.4 Die Gesuchsgegnerin macht demgegenüber zu den betreffenden Rügen geltend, es sei aus ihrer Sicht unabdingbar gewesen, den Parteien die Gründe für die Gelegenheit zur Ergänzung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft darzulegen. Sie habe zudem – anders als im Ausstandsgesuch behauptet – die Staatsanwaltschaft nicht *angewiesen*, die Anklage zu verbessern, sondern habe eine Formulierung verwendet, welche gemäss Bundesgericht zulässig sei. Aufgrund des Umstands, dass die seit Monaten bekannte Anklageschrift Gegenstand des Verfahrens sei und nicht feststehe, ob die Staatsanwaltschaft überhaupt von der Gelegenheit der Ergänzung der Anklageschrift Gebrauch machen werde, sei aus prozessökonomischen Gründen am bisherigen Hauptverhandlungstermin festgehalten worden. Dies hätte aber nicht zu einer Beschneidung der Verteidigungsrechte geführt, da die Hauptverhandlung auf entsprechenden Antrag hin auch am Tag der Verhandlung im Rahmen der Vorfragen noch hätte abgebrochen werden können.

2.

- 2.1 Art. 56 StPO konkretisiert die Verfassungsbestimmung von Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 EMRK. Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einer unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gerichtsperson ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen. Die Garantie des verfassungsmässigen Gerichts wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten Verhalten der betreffenden Gerichtsperson oder in gewissen äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur begründet sein. Bei der Anwendung von Art. 56 Bst. f StPO ist entscheidend, ob bei objektiver Betrachtungsweise der Ausgang des Verfahrens noch als offen erscheint (BGE 142 III 732 E. 4.2.2 mit Hinweisen; Urteil 1B_227/2021 vom 17. August 2021 E. 2.1).

- 2.2 Der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäss Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK umfasst nicht auch die Garantie jederzeit fehlerfrei arbeitender Richter. Prozessuale Rechtsfehler sind im Rechtsmittelverfahren zu rügen und lassen sich grundsätzlich nicht als Begründung für eine Verletzung der Garantie des verfassungsmässigen Richters heranziehen. Richterliche Verfahrensfehler können nur ausnahmsweise die Unbefangenheit einer Gerichtsperson infrage stellen. Dabei müssen objektiv gerechtfertigte Gründe zur Annahme bestehen, dass sich in Rechtsfehlern gleichzeitig eine Haltung manifestiert, die auf fehlender Distanz und Neutralität beruht. Wird der Ausstandsgrund aus materiellen oder prozessualen Rechtsfehlern abgeleitet, so sind diese nur wesentlich, wenn sie besonders krass sind oder wiederholt auftreten, sodass sie einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zulasten einer der Prozessparteien auswirken (zum Ganzen: BGE 143 IV 69 E. 3.2; 141 IV 178 E. 3.2.3; 138 IV 142 E. 2.3; je mit Hinweisen, Urteil des Bundesgerichts 6B_1362/2020 vom 20. Juni 2022 E. 3.3.1).
- 2.3 Die Rückweisung der Anklage nach Art. 333 Abs. 1 StPO begründet für das weitere Verfahren nicht per se einen Befangenheitsgrund. Problematisch ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts insbesondere, wenn sich das Strafgericht in seinem Rückweisungsbeschluss nicht darauf beschränkt, die Anklage zwecks Prüfung, ob der angeklagte Sachverhalt allenfalls unter einen anderen Tatbestand fallen könnte, an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen, sondern für die Begründung seines Entscheids bereits (möglicherweise bestrittene) Sachverhaltsfeststellungen trifft, welche für die Schuldigsprechung entscheidend sind (Urteil des Bundesgerichts 6B_688/2017 und 6B_689/2017 vom 1. Februar 2018 E. 3.4.2 [=Pra 107 2018 Nr. 60]).
- 2.4 Das Ausstandsverfahren dient nicht dazu, Entscheide von Gerichtspersonen, gegen welche es kein direktes Rechtsmittel gibt, auf Umwegen dennoch überprüfen zu lassen. Der Beschwerdekammer verbietet sich vor diesem Hintergrund vorliegend eine abschliessende Beurteilung dessen, ob das Vorgehen der Gesuchsgegnerin gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO zulässig ist. Massgeblich ist in casu lediglich, ob der Gesuchsgegnerin ein besonders krasser oder mehrfache Verfahrensfehler angelastet werden kann bzw. können. Es ist immerhin festzustellen, dass Art. 333 Abs. 1 StPO das Immutabilitätsprinzip durchbricht, was eine summarische Überprüfung des diesbezüglichen Vorgehens aufdrängt.
- 2.5 In diesem Licht rechtfertigt sich vorab die Feststellung, dass die Gesuchsgegnerin in ihrer Verfügung vom 20. Juli 2023 der Staatsanwaltschaft «Gelegenheit gegeben» hat, die Anklageschrift zu ergänzen, womit sie sich an den Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 StPO gehalten hat. Bereits der Wortlaut von Art. 333 Abs. 1 StPO impliziert alsdann, dass es für die Gesuchsgegnerin zulässig sein muss zu erwähnen, welchen anderen Straftatbestand der umschriebene Sachverhalt erfüllen könnte und inwiefern die Anklageschrift den gesetzlichen Anforderungen (in der Regel die Umschreibung einzelner Tatbestandselemente) nicht entspricht. Zudem ist auch ohne vertiefte Prüfung erkennbar, dass Art. 138 Ziff. 1 StGB dieselbe Strafe androht wie Art. 147 Abs. 1 StGB und keine «härtere Qualifikation» im Sinne von BGE 148 IV 124.

- 2.6 Die Verfügung vom 20. Juli 2023 ist einlässlich begründet, enthält aber mit Blick auf die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung keine Ausführungen betreffend den bereits festgestellten Sachverhalt, sondern beschränkt sich auf die Wiedergabe der Anklageschrift und die mit dem dortigen Vorwurf im Zusammenhang stehenden rechtlichen Grundlagen. Alsdann skizziert die Gesuchsgegnerin die sich dem Gericht voraussichtlich stellenden Fragen wie folgt:

Das Gericht wird also insbesondere zu prüfen haben, ob die in der Anklageschrift behaupteten Überweisungen einerseits effektiv vom Beschuldigten selbst und gegebenenfalls, ob diese Überweisungen gestützt auf eine rechtlich noch bestehende Vollmacht und/oder Berichtigung für den Zugriff auf das fragliche Konto per E-Banking vorgenommen worden sind. Sollte der Beschuldigte weiterhin bevollmächtigt gewesen sein, Zahlungen ab dem fraglichen Konto zu tätigen und/oder berechtigt gewesen sein, den Online-Zugang des E-Bankings zu nutzen, würde sich auch die Frage stellen, ob das in der Anklage umschriebene Verhalten (insbesondere das Auslösen der vier Überweisungen) den Tatbestand der Veruntreuung von (allenfalls anvertrauten fremden) Sachen im Sinne Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB oder (allenfalls anvertrauten) Vermögenswerten im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB erfüllen könnte, was derzeit mangels entsprechender Umschreibung in der Anklageschrift nicht Gegenstand der Anklage wäre resp. die Anklageschrift diesbezüglich den gesetzlichen Anforderungen nicht genügt.

- 2.7 Die Kammer kann – mit Blick auf die Rüge des Gesuchstellers – weder im Dispositiv noch in der Begründung der Verfügung vom 20. Juli 2023 eine direkte Aufforderung in eingreifender Form erkennen, welche mit Art. 333 Abs. 1 StPO offensichtlich nicht vereinbar wäre oder den Anschein der Befangenheit erwecken könnte. Es ist in der Verfügung vom 20. Juli 2023 kein Anhaltspunkt erkennbar, welcher den Anschein erwecken könnte, dass sich die Gesuchsgegnerin bereits festgelegt hat.
- 2.8 Betreffend den Ablauf des Verfahrens ist zu bemerken, dass ein Vorgehen nach Art. 333 StPO durch das Gericht auch noch am Verhandlungstag zulässig ist. Ob sich durch die allfällige Änderung oder Ergänzung der Anklageschrift und die damit kurzfristig veränderte Situation eine unzulässige Beschneidung der Verteidigungsrechte ergibt, ist erst im Anschluss an die allfällige Änderung oder Ergänzung zu prüfen, wie die Gesuchsgegnerin korrekt ins Feld geführt hat.
- 2.9 Ein krasser Verfahrensfehler ist vorliegend nach dem Gesagten nicht erkennbar. Die Kammer ist alsdann insbesondere in Anbetracht dessen, dass das Ausstandsgesuch von einem Rechtsanwalt eingereicht wurde, nicht gehalten, in den Akten von Amtes wegen nach weiteren möglichen Gründen für Befangenheit zu forschen. Das Gesuch ist entsprechend abzuweisen.
3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Gesuchsteller die Kosten des Ausstandsverfahrens (Art. 59 Abs. 4 StPO). Diese werden auf CHF 800.00 bestimmt. Entsprechend seinem Unterliegen hat der Gesuchsteller keinen Anspruch auf eine Entschädigung.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahren, bestimmt auf CHF 800.00, 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 Beschuldigten/Gesuchsteller, a.v.d. Rechtsanwalt B._____ (per Einschreiben)
 - der Gesuchsgegnerin (mit den Akten – per Kurier)Mitzuteilen:
 - der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, Staatsanwältin E._____ (BM 19 53108 – per Kurier)

Bern, 27. September 2023

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter Bähler

Der Gerichtsschreiber:

Rudin

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