



SA 21 12

**Beschluss vom 20. August 2021
Strafabteilung**

Besetzung

Präsidentin Livia Zimmermann, Vorsitz,
Oberrichter Armin Murer,
Oberrichterin Rahel Jacob,
Oberrichterin Franziska Ledergerber Kilchmann,
Oberrichter Paul Achermann,
a.o. Gerichtsschreiber Mike Bacher.

Verfahrensbeteiligte

A. __,
Z. __,
hier vertreten durch Rechtsanwalt Konrad Jeker, Gressly
Rechtsanwälte, Bielstrasse 8, Postfach, 4502 Solothurn,

Gesuchsteller,

gegen

a.o. Oberrichter B. __,

Obergericht Nidwalden, Marktgasse 4, Postfach 1244,
6371 Stans,

Gesuchsgegner.

Gegenstand

Ausstand (Art. 56 lit. f StPO)

Ausstandsbegehren vom 22. Juli 2021 im Verfahren
SA 21 8 (Neubeurteilung SA 18 2).

Sachverhalt:

A.

Der Kanton Nidwalden führt seit über 10 Jahren ein äusserst aufwändiges Strafverfahren (Wirtschaftsdelikte) gegen die Beschuldigten A.____ und C.____. Mit Anklageschrift vom 28. August 2013 erhob die Staatsanwaltschaft Nidwalden Anklage. Das Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden vom 23. Juli 2015 wurde an das Obergericht weitergezogen. Am 17. Februar 2016 wurde B.____ (im Weiteren: Gesuchsgegner) als a.o. Oberrichter und Verfahrensleiter für das Berufungsverfahren eingesetzt. Mit Urteil vom 30. November 2016 hob das Obergericht den Entscheid der Vorinstanz aus formellen Gründen auf. Dagegen führte die Staatsanwaltschaft Nidwalden Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht. Im Entscheid 6B_32/2017 vom 29. September 2017 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und wies die Sache zur neuen (materiellen) Entscheidung an das Obergericht zurück. Das Obergericht Nidwalden hat im Verfahren SA 18 2 am 9. Juli 2019 einen Entscheid zu den beiden Beschuldigten A.____ und C.____ betreffend mehrfache Misswirtschaft (Art. 165 StGB Ziff. 1), Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB), Erpressung (Art. 156 Ziff. 1 StGB), mehrfachen Betrugs (Art. 146 Abs. 1 StGB), mehrfacher Urkundenfälschung (Art. 251 Ziff. 1 StGB), mehrfaches Erschleichen einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB), mehrfache Veruntreuung (Art. 138 StGB), Gehilfenschaft zur Veruntreuung (Art. 25 i.V.m. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), falsche Angaben über ein kaufmännisches Gewerbe (Art. 152 StGB), mehrfache ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), mehrfache ungetreue Geschäftsbesorgung mit Bereicherungsabsicht (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB), mehrfachen betrügerischen Konkurses (Art. 163 StGB), mehrfacher Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 Ziff. 1 StGB) und falscher Anschuldigung (Art. 303 Ziff. 1 StGB) gefällt. Die diesbezüglichen Beschwerden an das Bundesgericht durch die beiden Beschuldigten wurden überwiegend abgewiesen (BGer. 6B_460/2020 vom 10. März 2021 [C.____]; BGer. 6B_520/2020 vom 10. März 2021 [A.____]), diejenige der Staatsanwaltschaft jedoch gutgeheissen. Einzelne Sachverhaltskomplexe, in welchen das Obergericht im ersten Verfahren auf Freispruch erkannt hatte, sind im Rahmen des neuen Verfahrens – nun unter der Verfahrensnummer SA 21 8 – nochmals zu beurteilen; ebenso die Kostenfolgen. Die amtliche Verteidigung von A.____ im Verfahren SA 18 2 wie auch vor Bundesgericht erfolgte durch Rechtsanwältin D.____.

B.

Mit Schreiben vom 4. Juni 2021 gelangte Rechtsanwalt Konrad Jeker an den Gesuchsgegner mit der Mitteilung, dass A.____ ihn beauftragt habe, dessen Einsetzung als amtlichen Verteidiger für das Rückweisungsverfahren zu beantragen, da noch keine amtliche Verteidigung eingesetzt worden sei. Als Legitimation hielt dieser fest: «Ich selbst legitimiere mich durch Kenntnis der referenzierten Entscheide sowie des Verfahrensstands. Auf Verlangen werde ich eine schriftliche Vollmacht für den vorliegenden Antrag auf Einsetzung als amtlicher Verteidiger nachreichen.». Damit verbunden wurde die Bitte um Zusendung sämtlicher Verfahrensakten.

Bezugnehmend auf das obige Schreiben teilte der Gesuchsgegner Rechtsanwalt Konrad Jeker am 8. Juni 2021 mit, dass bis und mit dem bundesgerichtlichen Verfahren Rechtsanwältin D.____ amtliche Verteidigerin gewesen sei. Eine Entlassung als amtliche Verteidigerin sei im Rückweisungsverfahren SA 21 8 weder von ihrer Seite noch von A.____ beantragt worden, weshalb sie darin verbleibe. Eine Entlassung sei zudem «nach heutigem Stand nicht angezeigt und würde bei der derzeitigen Sachlage auch nicht bewilligt.». Entsprechend bestehe auch kein Recht zur Einsicht in die Verfahrensakten.

Im Anschluss daran wandte sich A.____ persönlich mit Schreiben vom 15. Juni 2021 an den Gesuchsgegner mit dem Antrag, Rechtsanwalt Konrad Jeker «per sofort» als seinen amtlichen Verteidiger einzusetzen. Dabei machte er geltend, dass «[d]as Vertrauensverhältnis in Frau D.____ (...) derart gestört [sei], dass eine wirksame Verteidigung nicht möglich ist». Die Antwort des Gesuchsgegners darauf erfolgte am 17. Juni 2021. Darin führte er insbesondere aus, dass an einen Wechsel der amtlichen Verteidigung, zumal in diesem Verfahrensstadium, sehr hohe Anforderungen gestellt werden würden. Der blosser Hinweis auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis genüge offensichtlich nicht. Auch das pauschale Vorbringen, dass Verteidigungsrechte ungenügend wahrgenommen worden seien, sei unzureichend, zumal diese weder benannt noch ersichtlich seien. Der Umstand, dass das Bundesgericht eine Beschwerde abweise, genüge ebenso nicht, um eine ungenügende Verteidigung zu bejahen. Zudem habe das Bundesgericht keine ungenügende Verteidigung festgestellt. Ein formelles Gesuch um Abberufung der amtlichen Verteidigung sei umfassend zu begründen. Sollte er ein solches Gesuch einreichen, werde das Gericht hernach einen förmlichen Entscheid fällen. Die amtliche Verteidigerin bleibe im Übrigen so lange im Amt, bis das Mandat von der Verfahrensleitung widerrufen werde.

Am 12. Juli 2021 gelangte Rechtsanwalt Konrad Jeker namens von A.____ wiederum an den Gesuchsgegner mit dem Gesuch um Wechsel der amtlichen Verteidigung von Rechtsanwältin

D.____ an ihn und Zustellung der Akten. Er begründete das Gesuch nun damit, dass eine prozessuale Eingabe vom 22. Juni 2021 durch D.____ ohne Wissen und ohne Rücksprache mit A.____ erfolgt sei. Dieser habe somit keine Gelegenheit erhalten, seinen Standpunkt einzubringen oder Weisungen zu erteilen und sei gleichsam als blosses Verfahrensobjekt behandelt worden. Damit verstosse die amtliche Verteidigerin nicht nur gegen die anwaltliche Treuepflicht, sondern auch gegen die gesetzliche Sorgfaltspflicht. Zudem habe sie A.____ Fr. 1'000.— als Honorarkosten in Rechnung gestellt. Dies sei nach einem Gespräch erfolgt, in welchem sie ihm eröffnet haben soll, dass sie ohne Honorar nichts mehr für ihn tun könne, da sie nicht mehr als amtliche Verteidigerin entschädigt werde. Auch dies stelle eine Gesetzesverletzung dar. Abschliessend ersuchte er um eine entsprechende Verfügung.

Mit Schreiben vom 21. Juli 2021 an Rechtsanwalt Konrad Jeker verwies der Gesuchsgegner auf seinen Brief vom 8. Juni 2021. Darin sei klargestellt, dass Frau Rechtsanwältin D.____ weiterhin als amtliche Verteidigerin von A.____ eingesetzt sei. Damit sei auch die von ihr erfolgte Kostenvorschussaufforderung hinfällig. Ein erheblich gestörtes Vertrauensverhältnis sei mit dieser irrtümlichen Rechnung jedenfalls nicht verbunden. Die angeblich ohne Wissen und Rücksprache mit A.____ erfolgte Eingabe könne hieran ebenso wenig ändern, zumal nicht dargetan worden sei, dass sich A.____ um eine Mitwirkung vergeblich bemüht hätte. Eine Verweigerung der Mitwirkung könne nämlich kein erheblich gestörtes Vertrauensverhältnis begründen, sondern wäre vielmehr rechtsmissbräuchlich. Zudem sei nicht ersichtlich, dass sich Frau Rechtsanwältin D.____ materiell über die Interessen des Klienten hinweggesetzt habe. Dies gehe jedenfalls aus ihrer Eingabe in keiner Weise hervor. Eine Entlassung von Frau Rechtsanwältin D.____ als amtliche Verteidigerin sei nach heutigem Stand daher weiterhin nicht angezeigt. Falls eine anfechtbare Verfügung gewünscht werde, werde um entsprechende Mitteilung ersucht. Vor deren Erlass wäre Frau D.____ vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren.

C.

Mit Eingabe vom 22. Juli 2021 gelangte Rechtsanwalt Konrad Jeker für A.____ (im Folgenden: Gesuchsteller) an das Obergericht Nidwalden und beantragte:

« Im Nachgang zum Schreiben des Vorsitzenden vom 21. Juni 2021 unterbreite und begründe ich dem Obergericht folgende

Anträge:

1. Der vorsitzende a.o. Obergerichter B.____ habe in den Ausstand zu treten.
2. Dem Gesuch um Wechsel der amtlichen Verteidigung vom 12. Juli 2021 sei unter Entlassung der bisherigen amtlichen Verteidigerin und Einsetzung des unterzeichneten Anwalts stattzugeben.
3. Dem unterzeichneten Anwalt seien die vollständigen Verfahrensakten zuzustellen.
4. Die Frist gemäss Schreiben vom 6. Juli 2021 sei ab Zustellung der Akten angemessen zu erstrecken. »

D.

Das Obergericht übermittelte das Ausstandsbegehren dem Gesuchsgegner. Dieser lehnte mit Stellungnahme vom 28. Juli 2021 den Ausstand ab und überwies das an Rechtsanwalt Konrad Jeker adressierte Schreiben auch dem Obergericht. Somit obliegt dafür dem Obergericht die Entscheidfindung. Für die weiteren Anträge des Gesuchstellers erklärte der Gesuchsgegner implizit seine Zuständigkeit.

E.

Das Obergericht Nidwalden, Strafabteilung, hat das Gesuch auf dem Zirkularweg abschliessend beurteilt. Die Verfahrensakten des Hauptverfahrens SA 21 8 wurden zugezogen. Auf die Parteivorbringen wird – soweit für die Entscheidfindung erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1.

1.1

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). Wird ein Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. a oder f geltend gemacht oder wersetzt sich eine in einer Strafbehörde tätige Person einem Ausstandsgesuch einer Partei, das sich auf Art. 56 lit. b–e abstützt, so entscheidet ohne weiteres Beweisverfahren und endgültig: a. die Staatsanwaltschaft, wenn die Polizei betroffen ist; b. die Beschwerdeinstanz, wenn die Staatsanwaltschaft, die Übertretungsstrafbehörden oder die erstinstanzlichen Gerichte betroffen sind; c. das Berufungsgericht, wenn die Beschwerdeinstanz oder einzelne Mitglieder des Berufungsgerichts betroffen sind; d. das Bundesstrafgericht, wenn das gesamte Berufungsgericht eines Kantons betroffen ist (Art. 59 Abs. 1 StPO). Der Entscheid ergeht schriftlich und ist zu begründen (Art. 59 Abs. 2 StPO). Bis zum Entscheid übt die betroffene Person ihr Amt weiter aus (Art. 59 Abs. 3 StPO).

Vorliegendes Ausstandsbegehren richtet sich gegen den a.o. Oberrichter als Verfahrensleiter, welcher sich dem Antrag wersetzt. Für die Beurteilung ist das Obergericht als Berufungsinstanz zuständig (Art. 29 GerG [NG 261.1]). Das Ausstandsbegehren genügt grundsätzlich auch den Form- und Inhaltserfordernissen (zu diesen: MARKUS BOOG, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-StPO, 2. A., 2014, N 1-4 zu Art. 58 StPO).

Für die endgültige Beurteilung der Eintretensfrage ist nachfolgend vorab die Rechtzeitigkeit des Ausstandsbegehrens zu prüfen (nachstehende E. 1.2).

1.2

1.2.1

Zur Begründung des Ausstandsgesuches macht der Gesuchsteller geltend, dass der Gesuchsgegner in seinem Schreiben vom 21. Juni 2021 (recte: 21. Juli 2021) festgestellt habe, dass mit der «irrtümlichen Rechnung» der amtlichen Verteidigerin ein gestörtes Vertrauensverhältnis nicht verbunden sei. Er unterstelle dem Gesuchsteller, seine Mitwirkung

bezüglich der Eingabe der amtlichen Verteidigerin verweigert zu haben und bezweifle ferner seine Darlegung, wonach die Eingabe der amtlichen Verteidigerin ohne sein Wissen und Rücksprache erfolgt sei, was als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre. Es sei auch nicht ersichtlich, dass sich die amtliche Verteidigerin «materiell» über seine Interessen hinweggesetzt habe.

Abgesehen davon, dass der Gesuchsteller Letzteres zumindest bisher nicht behauptet habe, müsse sich der Gesuchsgegner eine Beurteilung an, die ihm als vorsitzenden Richter nicht zustehe. Die der beruflichen Sorgfalt geschuldete Interessenwahrung könne ausschliesslich im Rahmen der Verteidigungsstrategie gewürdigt werden. Diese könne weder der Gesuchsgegner noch der Gesuchsteller, der von seiner amtlichen Verteidigerin dazu entgegen der Unterstellung des Gesuchsgegners nicht angehört worden sei.

Indem der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller ein rechtsmissbräuchliches Verhalten unterstelle und ohne Rücksprache mit der amtlichen Verteidigerin bestreite, dass das Vertrauensverhältnis gestört sei, offenbare er ihm gegenüber eine voreingenommene Haltung, die eine objektive Beurteilung in der Sache unter seiner Mitwirkung nicht mehr gewährleiste. Damit sei der Anschein der Befangenheit als Ausstandsgrund im Sinne von Art. 56 lit. f StPO in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

1.2.2

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 Abs. 1 StPO). Nach der Rechtsprechung muss der Gesuchsteller den Ausstand in den nächsten Tagen nach Kenntnis des Ausstandsgrunds verlangen. Andernfalls verwirkt der Anspruch. Ein sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds gestelltes Gesuch ist rechtzeitig. Wartet der Gesuchsteller damit zwei Wochen zu, ist es dagegen verspätet (Urteil des Bundesgerichts 1B_98/2020 vom 26. November 2020 E. 2.2 m.w.H., namentlich auf BGE 143 V 66 E. 4.3 S. 69). Die für die rechtzeitige Geltendmachung eines Ausstandsgrunds massgebliche Frist läuft erst ab tatsächlicher Kenntnis der den Ausstandsgrund begründenden Umstände, nicht schon ab der blossen Möglichkeit der Kenntnis. Der Ausstandsgrund muss tatsächlich erkannt worden bzw. bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennbar gewesen sein (BOOG, a.a.O., N 5 zu Art. 58 StPO).

Wird der Ablehnungsgrund nicht unverzüglich geltend gemacht, verwirkt der Anspruch (Urteil des Bundesgerichts 6B_720/2015 vom 5. April 2016 E. 5.3). Die Rechtsfolge für ein verspätetes Ausstandsgesuch ist dementsprechend das Nichteintreten (KELLER, a.a.O., N 4 zu Art. 58 StPO).

1.3

Das Ausstandsgesuch wurde umgehend nach Erhalt des Schreibens des Gesuchsgegners vom 21. Juli 2021 und mithin am gleichen Tag versandt, an dem der Gesuchsteller die Umstände, die seines Erachtens den Ausstand begründen, zur Kenntnis nahm. Somit ist das Kriterium der rechtzeitigen Einreichung des Gesuchs offensichtlich erfüllt. Dementsprechend ist auf das Ausstandsgesuch einzutreten.

2.

2.1

Es sei vorab daran erinnert, dass Ausstandsverfahren nicht dazu dienen können, Prozesshandlungen der Verfahrensleitung in der Hauptsache in rechtlicher Hinsicht zu überprüfen oder gar künftige Entscheide vorweg zu nehmen. Das Ausstandsverfahren ist thematisch einzig auf die Ausstandsfrage beschränkt; konkret hier auf die Frage, ob aufgrund der Korrespondenz zwischen dem Gesuchsteller und dem Gesuchsgegner im Verfahren SA 21 8 der Anschein besteht, dass für den Gesuchsgegner der Ausgang dieses Verfahrens nicht mehr offen ist, er also als befangen gilt.

2.2

Nach Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO haben die Parteien Anspruch auf ein gerechtes Verfahren. Gemäss Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und 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 entschieden wird. Art. 56 StPO konkretisiert diese grundrechtliche Garantie (BGE 144 I 234 E. 5.2 S. 236 f.; KELLER, a.a.O., N 1 zu Art. 56 StPO). Eine in einer Strafbehörde tätige Person tritt in den Ausstand, wenn sie: a. in der Sache ein persönliches Interesse hat; b. in einer anderen Stellung, insbesondere als Mitglied einer Behörde, als Rechtsbeistand einer Partei, als

Sachverständige oder Sachverständiger, als Zeugin oder Zeuge, in der gleichen Sache tätig war; c. mit einer Partei, ihrem Rechtsbeistand oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, verheiratet ist, in eingetragener Partnerschaft lebt oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt; d. mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist; e. mit dem Rechtsbeistand einer Partei oder einer Person, die in der gleichen Sache als Mitglied der Vorinstanz tätig war, in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem zweiten Grad verwandt oder verschwägert ist; f. aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte (Art. 56 StPO). Verlangt sind Umstände, welche bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit erwecken; sowohl das subjektive Empfinden der Partei als auch die Frage, ob die in der Strafbehörde tätige Person tatsächlich befangen ist, bleibt für die Beurteilung hingegen ohne Relevanz (KELLER, a.a.O., N 9 zu Art. 56 StPO). Grundsätzlich ist indes die Unbefangenheit eines Behördenmitglieds zu vermuten (NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung. Praxiskommentar, 3. A., 2018, N 14 zu Art. 56 StPO). Im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege ist im Zusammenhang mit Ausstandsbegehren gegen Justizbeamte eine Befangenheit nicht leichthin anzunehmen. Gerade in Fällen mit komplexem Sachverhalt und zahlreichen Geschädigten kann die Gutheissung eines Ausstandsbegehrens zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, welche in ein Spannungsverhältnis zum Beschleunigungsgebot tritt. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, wäre aber – angesichts der Bedeutung des Anspruchs auf einen unparteiischen und unabhängigen Richter – eine allzu restriktive Auslegung und Anwendung der entsprechenden Garantien nicht zu vertreten (BGE 127 I 196 E. 2d S. 199 ff.).

2.3

Der Gesuchsteller stützt sein Ausstandsbegehren auf Art. 56 lit. f StPO. Danach 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 lit. a-e StPO nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Sie entspricht Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. 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 141 IV 178 E. 3.2.1 S. 179). Die Annahme eines besonders gearteten Bezugs hängt nach der bundesgerichtlichen Praxis indes stark von den Umständen des Einzelfalles ab, ohne dass sich klare, allgemeingültige Regeln ableiten liessen (KELLER, a.a.O., N 25 zu Art. 56 StPO). Entscheidendes Kriterium ist mithin, ob bei problematischen Konstellationen der Ausgang des Verfahrens bei objektiver Betrachtungsweise noch als offen erscheint (BGE 114 Ia 50 E. 3d S. 57 ff.; BOOG, a.a.O., N 38 zu Art. 56 StPO; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N 14 zu Art. 56 StPO).

Die verschiedenen, unter Art. 56 lit. f StPO zu subsumierenden Gründe lassen sich generell in Fallgruppen unterteilen, wobei namentlich auch Rechtsfehler erfasst sein können. Materielle oder prozessuale Rechtsfehler 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 fehlende Distanz und Neutralität beruhende Haltung offenbaren, begründen sie keinen hinreichenden Anschein der Befangenheit (BOOG, a.a.O., N 59 zu Art. 56 StPO). Diesbezüglich erläutert auch das Bundesgericht, dass prozessuale Fehler oder auch ein möglicherweise falscher materieller Entscheid für sich allein nicht den Anschein der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Anders verhalte es sich nur, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen würden, die als schwere Verletzung der Richterplichten beurteilt werden müssten. Denn mit der Tätigkeit des Richters sei untrennbar verbunden, dass er über Fragen zu entscheiden habe, die oft kontrovers oder weitgehend in sein Ermessen gestellt seien. Selbst wenn sich die im Rahmen der normalen Ausübung seines Amtes getroffenen Entscheide als falsch erwiesen, lasse das nicht an sich schon auf seine Parteilichkeit schliessen (BGE 114 Ia 400 E. 3b S. 404). Soweit konkrete Verfahrensfehler beanstandet werden, sind in erster Linie die entsprechenden Rechtsmittel zu ergreifen (Urteil des Bundesgerichts 1B_24/2017 vom 10. Mai 2017 E. 2.3; BOOG, a.a.O., N 59 zu Art. 56 StPO; KELLER, a.a.O., N 41a zu Art. 56 StPO).

3.

3.1

Seitens des Gesuchstellers wird zunächst beanstandet, der Gesuchsgegner unterstelle ihm, seine Mitwirkung bezüglich der Eingabe der amtlichen Verteidigerin verweigert zu haben und bezweifle ferner seine Darlegung, dass die Eingabe der amtlichen Verteidigerin ohne sein Wissen und Rücksprache erfolgt sei. Zudem stehe dem Gesuchsgegner die Bemerkung nicht zu, dass nicht ersichtlich sei, dass sich die amtliche Verteidigerin «materiell» über die Interessen des Gesuchstellers hinweggesetzt habe. Der Anschein der Befangenheit sei somit gegeben, da der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller rechtsmissbräuchliches Verhalten unterstelle und ohne Rücksprache mit der amtlichen Verteidigerin bestreite, dass das Vertrauensverhältnis erheblich gestört sei.

3.2

Zu diesem Vorwurf äussert sich der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme dahingehend, dass der Vorwurf des Gesuchstellers unzutreffend sei. Denn er habe dem Gesuchsteller nicht unterstellt oder vorgeworfen, dass dieser seine Mitwirkungspflichten verletzt habe. Vielmehr habe dieser bis heute bloss behauptet, aber nicht dargelegt, dass die Eingabe der amtlichen Verteidigerin ohne sein Wissen und Rücksprache mit ihm erfolgt sei. Dabei habe der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller gerade nicht unterstellt, von der amtlichen Verteidigerin angehört worden zu sein, sondern bloss festgehalten, dass dieser sein Bemühen darum nicht belege. Entsprechend habe der Gesuchsgegner auch nicht von einem gestörten Vertrauensverhältnis ausgehen können. Ebenso wenig habe der Gesuchsgegner A.____ ein rechtsmissbräuchliches Verhalten unterstellt, wobei er auf seinen diesbezüglich im Konjunktiv gehaltenen und im Kontext zu lesenden Halbsatz hinweist.

Im Schreiben vom 21. Juli 2021 des Gesuchsgegners an den Gesuchsteller bzw. Rechtsanwalt Jeker ist die gerügte Passage im folgenden Wortlaut enthalten: «Die von Ihnen monierte Eingabe der amtlichen Verteidigerin, die angeblich ohne Wissen und Rücksprache mit A.____ erfolgt sei, kann hieran ebenso wenig ändern, zumal nicht dargetan wurde, dass sich A.____ um eine Mitwirkung vergeblich bemüht hätte. Eine Verweigerung der Mitwirkung kann nämlich kein erheblich gestörtes Vertrauensverhältnis begründen, sondern wäre vielmehr rechtsmissbräuchlich. Zudem ist nicht ersichtlich, dass sich Frau Rechtsanwältin D.____

materiell über die Interessen von A.____ hinweggesetzt hätte. Dies geht jedenfalls aus ihrer Eingabe in keiner Weise hervor.».

3.3

Wie sich aus dem Wortlaut dieser Passage unzweifelhaft ergibt, bemängelt der Gesuchsgegner darin, dass der Gesuchsteller zwar moniert habe, die diesbezügliche Eingabe seiner amtlichen Verteidigerin sei ohne Wissen und Rücksprache mit ihm erfolgt; allerdings habe dieser nicht dargelegt, dass er sich vergeblich um eine Mitwirkung bemüht habe. Aus dem Wortlaut des Schreibens vom 21. Juli 2021 ist hingegen nicht ersichtlich, inwiefern der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller unterstellt haben soll, die Mitwirkung bei der Eingabe der amtlichen Verteidigerin verweigert zu haben. Die Wendung «zumal nicht dargetan wurde, dass sich A.____ um eine Mitwirkung vergeblich bemüht hätte» zeigt klar auf, dass es sich ausschliesslich um eine sachliche Feststellung handelt, die sich auf die vorhergehende Korrespondenz bezieht. Der Gesuchsgegner hat bereits sowohl in seinem Brief an Rechtsanwalt Jeker vom 8. Juni 2021 wie im Schreiben an den Gesuchsteller persönlich vom 17. Juni 2021 mit Begründung erläutert, aus welchen Gründen «eine Entlassung [...] nach heutigem Stand nicht angezeigt» sei bzw. der schlichte Verweis auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis nicht genüge. Der Gesuchsgegner hält im hier bemängelten Passus letztlich nur fest, dass die vom Gesuchsteller geschilderte Situation durch diesen noch mit weiteren Sachverhaltsangaben hätte ergänzt werden müssen, was bis dahin unterlassen wurde. Eine Unterstellung einer angeblichen Verweigerung der Mitwirkung lässt sich allerdings weder explizit noch aus dem Kontext herauslesen.

Ebenso ist die Behauptung des Gesuchstellers unzutreffend, wonach der Gesuchsgegner in seinem Schreiben dem Gesuchsteller ein rechtsmissbräuchliches Verhalten unterstelle. Der Wortlaut des Schreibens vom 21. Juli 2021 zeigt mit dem im Konjunktiv gehaltenen Satz explizit, dass sich dieser auf die vorhergehende Überlegung zu einer möglichen Verweigerung bezieht. Der Gesuchsgegner führt dabei vorgängig aus, dass die Verweigerung einer möglichen Mitwirkung – mit anschliessender Behauptung eines gestörten Vertrauensverhältnisses – ein rechtsmissbräuchliches Verhalten sein könne. Allerdings bezieht er dies nicht auf den Gesuchsteller, sondern begründet damit lediglich die Notwendigkeit, weshalb weitere Ausführungen zur Ergänzung des behaupteten Sachverhalts durch diesen notwendig gewesen wären.

Somit besteht auch für die weitere Ausführung des Gesuchstellers, wonach der Gesuchsgegner sich eine Beurteilung angemasst habe, die ihm als vorsitzenden Richter nicht zustünde, keine Grundlage. Wie aus dem genannten Wortlaut erhellt, gibt der Gesuchsgegner im genannten Passus keine rechtliche Wertung ab, sondern stellt bloss eine mögliche Interpretation dar, die in gewissen Konstellationen denkbar sein könnte. Diese bezieht er aber weder explizit noch implizit auf den Gesuchsteller. Vielmehr bemängelt er die unvollkommene Sachverhaltsdarstellung desselben bzw. dass die bisher vorgetragenen Behauptungen für den beantragten Wechsel in der Verteidigung nicht genügen würden.

4.

4.1

Der Gesuchsteller macht ferner geltend, dass eine Befangenheit zudem anzunehmen sei, da der Gesuchsgegner «ohne Rücksprache mit der amtlichen Verteidigerin bestreitet, dass das Vertrauensverhältnis gestört sei». Damit werde eine voreingenommene Haltung offenbart.

4.2

Der Gesuchsgegner macht in seiner Stellungnahme diesbezüglich geltend, dass das Vorbringen an der Sache vorbeigehe, da diese Aussage offensichtlich und leicht erkennbar darauf abgezielt habe, wonach die amtliche Verteidigerin nicht gegen ihre Pflicht verstossen habe, eine wirksame Verteidigung gemäss Art. 134 Abs. 2 StPO zu gewährleisten. Wenn der Argumentation des Gesuchstellers gefolgt würde, «wonach die geschuldete Interessenwahrungspflicht (...) ausschliesslich im Rahmen der Verteidigungsstrategie gewürdigt werden [könne]», dürfte der Verfahrensleiter die Wirksamkeit der Verteidigung gar nicht selber beurteilen, womit der Widerruf der amtlichen Verteidigung aus diesem Grund nicht mehr möglich wäre. Dies widerspräche freilich der klaren gesetzlichen Grundlage.

4.3

Wie oben ad Ziff. 2.1 ausgeführt, ist es nicht Aufgabe des Obergerichts im Ausstandsverfahren, zu materiellen Fragen des Straffalles Stellung zu nehmen, sondern einzig festzustellen, ob Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken, die zu einem Ausstand gemäss Art. 56 lit. f StPO Anlass geben. Dagegen äussert es sich nicht zur Frage, ob zwischen dem Gesuchsteller und der amtlichen Verteidigerin ein gestörtes Vertrauensverhältnis besteht oder nicht.

Ebensowenig prüft es die entsprechenden Eingaben auf Begründetheit. Was allerdings die Frage des Ausstands betrifft, ist nicht ersichtlich, inwiefern der Gesuchsteller zum Ergebnis kommt, wonach der Gesuchsgegner ein gestörtes Vertrauensverhältnis (ohne Rücksprache mit der amtlichen Verteidigerin) bestreite und damit eine voreingenommene Haltung beweise, die eine objektive Beurteilung der Sache nicht mehr gewährleiste. Als vorsitzenden Richter im Fall SA 21 8 obliegt es dem Gesuchsgegner, die Fälle des Wechsels der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 134 StPO zu prüfen. Ein angebliches gestörtes Verhältnis ist dabei gemäss Lehre und Rechtsprechung nicht einfach zu behaupten, sondern durch die behauptende Partei auch zu belegen. Was die vorliegende Beurteilung betrifft, ist nicht ersichtlich, inwiefern der Gesuchsgegner bestritten haben soll, «dass das Vertrauensverhältnis gestört sei». Vielmehr bemängelt der Gesuchsgegner die seines Erachtens fehlende resp. unvollständige Begründung für das angeblich gestörte Vertrauensverhältnis (wie bereits oben ad Ziff. 3.3 geprüft wurde). Daraus den Umkehrschluss zu ziehen, dass er das gestörte Vertrauensverhältnis bestreite, ist unzulässig und geht offensichtlich über den Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Passage hinaus.

4.4

Der Hinweis schliesslich, wonach «nicht ersichtlich [sei], dass sich Frau Rechtsanwältin D.____ [amtliche Verteidigerin] materiell über die Interessen von A.____ hinweggesetzt hätte», ist aus einem objektiven Blickwinkel nicht zu beanstanden. Als Verfahrensleiter obliegt es dem Gesuchsgegner zu prüfen, ob eine amtliche Verteidigung allenfalls eine wirksame Verteidigung nicht mehr gewährleisten könne. Entsprechend ist er verpflichtet, abzuklären, ob behauptete Nachteile sich auch in der Verteidigung manifestieren. Der Gesuchsgegner bringt in der Gesamtbetrachtung in seinem Schreiben vorab zum Ausdruck, dass aufgrund der bisherigen Eingaben von Rechtsanwältin D.____ keine Hinweise bestehen, dass sich diese materiell über die Interessen des Gesuchstellers hinweggesetzt hätte.

Kommt hinzu, dass der Gesuchsgegner den Gesuchsteller persönlich sowie Rechtsanwalt Konrad Jeker aufforderte mitzuteilen, falls eine anfechtbare Verfügung beantragt werde, da diesfalls der amtlichen Verteidigerin das rechtliche Gehör einzuräumen sei. Damit ist genügend zum Ausdruck gebracht, dass sich der Gesuchsgegner auch erst nach Anhörung der amtlichen Verteidigung ein abschliessendes Urteil über das angeblich gestörte Vertrauensverhältnis bilden würde. Voreingenommenheit gegenüber dem Gesuchsteller ist nicht dargetan. Ein Ausstandsgrund ist somit auch in diesem Punkt nicht gegeben.

5.

5.1

Schliesslich weist der Gesuchsteller in seiner Begründung zum zweiten Antrag (betreffend Einsetzung von Rechtsanwalt Jeker) darauf hin, dass er bereits im Rahmen seiner Eingabe vom 12. Juli 2021 einen förmlich anfechtbaren Entscheid verlangt habe. «Dass die Verfahrensleitung am 21. Juli 2021 nun wieder um Mitteilung ersucht, ob eine anfechtbare Verfügung gewünscht werde, erhärtet den Anschein der Befangenheit.».

Der Gesuchsgegner ging in seiner Stellungnahme auf diesen Punkt nicht explizit ein.

5.2

Es ist nicht ersichtlich und auch nicht dargetan, inwiefern die Rückfrage, ob eine anfechtbare Verfügung gewünscht werde, den Anschein der Befangenheit erhärten soll, selbst wenn diese von Seiten der Verfahrensleitung zwei Mal erfolgt ist. Immerhin hat der Gesuchsgegner in seiner Korrespondenz sowohl an den Gesuchsteller persönlich als auch an Rechtsanwalt Konrad Jeker sinngemäss die Ansicht vertreten, dass das Gesuch um Anwaltswechsel noch ungenügend substantiiert sei bzw. eine Entlassung als amtliche Verteidigung «nach heutigem Stand» nicht angezeigt sei. Dass unter diesen Umständen auch mehrfach nachgefragt wird, ob man eine anfechtbare Verfügung wünsche, ist zumindest nicht abwegig. Ein Anschein einer Befangenheit kann in dieser Rückfrage jedenfalls nicht erblickt werden.

5.3

Aus den dargelegten Gründen ist das Ausstandsgesuch abzuweisen.

6.

Der Gesuchsteller stellt in seinem Gesuch vom 22. Juli 2021 neben dem Ausstandsgesuch gegen den Gesuchsgegner auch noch drei weitere Gesuche (Wechsel der amtlichen Verteidigung/Aktenzustellung/Fristerstreckung).

Diese drei Gesuche fallen in die Kompetenz der Verfahrensleitung. Wie oben ad Ziff. 1.1 ausgeführt wurde, übt die vom Ausstandsgesuch betroffene Person ihr Amt bis zum Entscheid

weiter aus. Somit war und ist die ordentliche Verfahrensleitung für die weiteren Anträge des Gesuchstellers im Verfahren SA 21 8 zuständig. Da das vorliegende Ausstandsgesuch abgewiesen wird, gilt dies auch weiterhin.

7.

Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus den Gebühren zur Deckung des Aufwands und den Auslagen im konkreten Fall (Art. 422 Abs. 1 StPO). Wird das Gesuch gutgeheissen, so gehen die Verfahrenskosten zu Lasten des Bundes beziehungsweise des Kantons. Wird es abgewiesen, so gehen die Kosten zu Lasten der gesuchstellenden Person (Art. 59 Abs. 4 StPO). Die Entscheidgebühr beträgt zwischen Fr. 200.– bis Fr. 3'000.– (Art. 23 PKoG [NG 261.2]).

Die Gerichtsgebühr wird vorliegend ermessensweise (Art. 2 Abs. 1 PKoG) auf Fr. 800.– festgesetzt und in Anwendung von Art. 59 Abs. 4 StPO ausgangsgemäss dem unterliegenden Gesuchsteller auferlegt. Er wird verpflichtet, den Betrag innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen. Eine Entschädigung oder Genugtuung ist dem Gesuchsteller nicht zuzusprechen (Art. 429 StPO e contrario).

Demnach beschliesst das Obergericht:

1. Das Begehren um Ausstand vom 22. Juli 2021 wird abgewiesen.
2. Die weiteren Anträge vom 22. Juli 2021 werden der ordentlichen Verfahrensleitung überwiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.

Er wird verpflichtet, den Betrag innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft mit beiliegendem Einzahlungsschein zu bezahlen.
4. Es werden keine Entschädigung oder Genugtuung gesprochen.
5. Zustellung dieses Beschlusses an:

Stans, 20. August 2021

OBERGERICHT NIDWALDEN

Strafabteilung

Die Präsidentin

lic. iur. Livia Zimmermann
Der a.o. Gerichtsschreiber

MLaw Mike Bacher

Versand: _____

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen eingereicht werden (Art. 78 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.

