

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1047/2017

Urteil 17. November 2017

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Häusermann,
Beschwerdeführerin,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, 3011 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Versuchte vorsätzliche Tötung; Parteilichkeit; Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 27. April 2017 (SK 16 256).

Sachverhalt:

A.
X._____ wurde wegen versuchter vorsätzlicher Tötung und eventualiter wegen versuchten Totschlags angeklagt. Die Tat vom 26. Oktober 2010 wird in der Anklageschrift wie folgt umschrieben:

X._____ behändigte anlässlich eines verbalen und tätlichen Streits mit ihrer Lebenspartnerin A._____ in den Räumlichkeiten ihrer Massageschule ein spitziges Messer mit Wellenschliff und Klingenlänge von ca. 13 cm und stach mehrfach auf sie ein, wodurch sie mehrere Schnitt- und Stichverletzungen im Brust- und Bauchbereich (Perforation des Magens, knöcherne Rippenverletzung, Blut und Luft im Brustkorb rechts [Hämatopneumothorax]) sowie Schnittverletzungen auf der Innenseite der linken Hand, an der rechten Hand und auf dem Nasenrücken erlitt. Nach dem rechtsmedizinischen Gutachten ist die Magenperforation für sich alleine bereits als lebensbedrohende Verletzung zu qualifizieren.

Das Regionalgericht Bern-Mittelland sprach X._____ am 4. März 2015 von der Anschuldigung der versuchten vorsätzlichen Tötung bzw. des versuchten Totschlags frei.

Das Obergericht des Kantons Bern verurteilte X._____ am 22. September 2015 auf Berufung der Staatsanwaltschaft wegen versuchter vorsätzlicher Tötung zu 4 Jahren Freiheitsstrafe.

Das Bundesgericht hob auf eine von X._____ erhobene Beschwerde in Strafsachen das obergerichtliche Urteil auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung zurück (Urteil 6B 307/2016 vom 17. Juni 2016 E. 2.6 und 2.7).

B.
In der Neubeurteilung vom 27. April 2017 fand das Obergericht des Kantons Bern X._____ erneut der versuchten vorsätzlichen Tötung schuldig und verurteilte sie zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren.

C.
X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, sie freizusprechen, die Kosten des kantonalen Verfahrens inklusive jener der Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen, eventualiter das Urteil

aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung mit neuer Gerichtsbesetzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK wegen fehlender Unparteilichkeit.

1.1. Die angerufenen Normen garantieren den Anspruch auf ein verfassungsmässiges Gericht (MARKUS BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 1 Vor Art. 56-60 StPO). Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Diese Gründe können namentlich in einem bestimmten Verhalten des betreffenden Richters begründet sein (BGE 134 I 238 E. 2.1 S. 240). Unparteilich sein heisst, dass der Richter die im Streit stehenden Fragen unvoreingenommen und frei von Bindungen an die Parteien, deren Standpunkte oder Dritttinteressen entscheidet; Unbefangenheit sowie Unparteilichkeit sind grundsätzlich zu vermuten, bis das Gegenteil dargetan ist (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, S. 47, 183).

1.2. Der von der Beschwerdeführerin beantragten Neubesetzung des Gerichts für die Neuurteilung wurde stattgegeben und ihr die neue Zusammensetzung mit dem bisherigen Obergerichtspräsidenten, zwei neuen Beisitzern und einer neuen Gerichtsschreiberin mitgeteilt, worauf sie ausdrücklich kein Ausstandsgesuch stellte. In der Folge wurde ihr bekannt gegeben, dass die Oberrichterin wegen einer Terminkollision durch die Obergerichtssuppleantin ersetzt werde (Urteil S. 3).

Die Beschwerdeführerin wirft dem Präsidenten fehlende Unparteilichkeit vor. Von ihm scheine das gesamte Urteil abhängig zu sein, zumal neben einem Oberrichter "lediglich" noch eine Obergerichtssuppleantin amte" (Beschwerde S. 6). Die Obergerichtssuppleantin ist verfassungsmässige Richterin.

Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, der Präsident habe sich ihr gegenüber spürbar aggressiver verhalten "als gegenüber den anderen Zeugen". Das sei sogar dem Journalisten aufgefallen, der geschrieben habe, der Präsident sei wegen des Rüffels aus Lausanne spürbar "not amused" gewesen, was sich in bissigen Bemerkungen niedergeschlagen habe. Etwas Handfestes für ein Ausstandsgesuch habe aber noch nicht vorgelegen (Beschwerde S. 6 f.). Das habe sich mit dem begründeten Urteil geändert. Der Präsident habe in der mündlichen Urteilseröffnung die höhere Bestrafung damit begründet, dass aus der Befragung neu hervorgegangen sei, dass die Geschädigte an einer "gestörten Sensorik und Motorik ihrer Hand leide". Diese Begründung habe sich im schriftlichen Urteil manifestiert (S. 7). Es kämen weitere wahrheitswidrige und in höchstem Masse unhaltbare Erwägungen hinzu (S. 9). Offensichtlich seien die Vorinstanz und der Präsident nicht in der Lage gewesen, den Fall objektiv zu beurteilen (S. 12). Für die höhere Strafe könnten nur persönliche Gründe des Gerichts, insbesondere des Präsidenten, verantwortlich sein (S. 14).

1.3. Diesbezüglich bringt die Beschwerdeführerin ferner vor, der "angegebene Grund" habe beim ersten Urteil vorgelegen. Damit würde eine höhere Bestrafung "dem Willkürverbot nicht standhalten, ebenso wenig dem Grundsatz eines fairen Verfahrens und auch nicht dem Verschlechterungsverbot, was ebenfalls eine Rückweisung an die Vorinstanz notwendig machen würde" (Beschwerde S. 93). Die Vorinstanz hatte die Strafe neu festzusetzen und führt dabei aus, die Geschädigte habe erhebliche, teilweise lebensbedrohliche Verletzungen erlitten und habe notoperiert werden müssen. Sie leide an einer inzwischen irreversibel gestörten Sensorik und Motorik an ihrer Hand (Urteil S. 56). Die Vorinstanz berücksichtigt zu Recht die "Schwere der Verletzung" (Art. 47 Abs. 1 StGB). Es ist unerfindlich, inwiefern ihr diesbezüglich Parteilichkeit vorgeworfen werden könnte. (Die Strafzumessung ist im Übrigen nicht angefochten [Art. 42 Abs. 2 BGG]).

2.

2.1. Die Beschwerdeführerin behauptet auf S. 16-94 ihrer Beschwerde eine "offensichtlich unrichtige/willkürliche Sachverhaltsfeststellung" mit dem "Fazit Freispruch, zumindest Rückweisung". Ihre Ausführungen dürften gezeigt haben, dass vor dem Hintergrund der Urteilsbegründung in Kombination mit dem beschriebenen weiteren Verhalten des Gerichts und insbesondere des Vorsitzenden nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie vor einem unvoreingenommenen und neutralen Gericht beurteilt worden sei. Schon dies verlange mindestens eine Rückweisung an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung in neuer Gerichtsbesetzung. Das habe sich dann auch in der

Beweiswürdigung und der Sachverhaltsfeststellung manifestiert. Der Vorinstanz sei in mehrfacher Hinsicht eine höchst einseitige, unhaltbare und damit willkürliche Beweisführung vorzuwerfen (Beschwerde S. 93 f.).

2.2. Soweit der Sachverhalt und damit die Beweiswürdigung der Vorinstanz bestritten werden, hebt das Bundesgericht ein Urteil auf, wenn es willkürlich ist, d.h. sich im Ergebnis (Art. 9 BV i.V.m. Art. 97 Abs. 1 BGG) als schlechterdings unhaltbar erweist, nicht bereits wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erschiene. Eine "offensichtlich unrichtige" Feststellung des Sachverhalts muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden. Auf eine abweichende eigene Version des Geschehens und blosser Kritik am Urteil hat das Bundesgericht nicht einzutreten (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253, 317 E. 5.4 S. 324; 140 III 264 E. 2.3 S. 266).

Indizien oder Beweisanzeichen sind Tatsachen, von denen auf das Vorliegen einer unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache geschlossen werden kann. Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig. Indizien sind sogar unentbehrlich zur Aufdeckung innerer Tatsachen wie des Vorsatzes. Es ist zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (HAUSER/SCHWERY/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, S. 277 f.). Der Indizienprozess als solcher verletzt weder die Unschuldsvermutung noch die aus ihr abgeleiteten Teilrechte. Der Grundsatz "in dubio pro reo" findet auf das einzelne Indiz keine Anwendung (Urteile 6B 605/2016 vom 15. September 2016 E. 2.8 und 6B 1021/2016 vom 20. September 2017 E. 4.1 mit Hinweisen).

2.3. Nach der Beschwerdeführerin erstaunt der Schuldspruch umso mehr, wenn man bedenke, dass die Vorinstanz selbst festhalte, dass sie Zweifel an einer Tatbegehung durch sie gehabt habe. Anders könne die folgende vorinstanzliche Ausführung nicht verstanden werden: "Zwar ist nicht auf den ersten Blick nachvollziehbar, dass die beiden Frauen, sollte die Geschädigte tatsächlich Opfer eines Gewaltaktes der Beschwerdeführerin gewesen sein, weiterhin zusammen sind" (Beschwerde S. 17 sowie S. 93, zit. Urteil S. 50). Diese Interpretation findet in der tatsächlichen Motivation des Urteils keine Stütze.

2.3.1. Die Vorinstanz schliesst nach eingehender Würdigung zunächst, die Aussagen der Beschwerdeführerin seien nicht glaubhaft. Sie habe widersprüchlich, häufig inadäquat und unlogisch ausgesagt und ihre Aussagen auch immer wieder dem Stand der Ermittlungen angepasst (Urteil S. 45).

Sie prüft anschliessend die Frage, ob mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Dritttäterschaft ausgeschlossen werden könne und kommt zum Ergebnis, der Ausspruch der Geschädigten "si isch düredrät", die Aussagen der beiden Protagonistinnen und ihr Verhalten gegenüber den Einsatzkräften am Tatort in Verbindung mit den objektiven Beweismitteln könne nur dahingehend verstanden werden, dass die Beschwerdeführerin - aus welchen Gründen und aus welchem Anlass auch immer - ausrastete und die Geschädigte mit dem Messer lebensgefährlich verletzt habe. Es habe sich abgesehen von diesen beiden Frauen keine weitere Person in der Massageschule aufgehalten. Ein Dritttäter sei nicht im Spiel gewesen. Es habe sich vielmehr um ein Gewaltdelikt gehandelt, in welches nur die beiden Frauen involviert gewesen seien (Urteil S. 49).

2.3.2. Die Vorinstanz beurteilt sodann, ob der Beschwerdeführerin rechtsgenügend nachgewiesen werden könne, dass sie die Geschädigte mit dem Messer attackiert und lebensbedrohlich verletzt habe. Sie bejaht die Frage. Dass nicht jeder einzelne Schritt nachgezeichnet werden könne, schade nicht (Urteil S. 49). Entgegen den Ausführungen der Verteidigung sprächen die Lebensumstände der beiden Frauen, die immer noch in Partnerschaft lebten, nicht gegen den Tatablauf. Es folgt das oben in E. 2.3 erwähnte Urteilszitat, an welches die Vorinstanz anschliesst: Es sei bei häuslicher Gewalt alles andere als atypisch, dass das Opfer den Täter decke, bei diesem bleibe und keine Anstalten treffe, das erlebte Unrecht strafrechtlich verfolgen zu lassen (Urteil S. 50).

Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin verneint die Vorinstanz somit rechtserhebliche Zweifel ausdrücklich. Nach der Vorinstanz ergibt die Beweiswürdigung ein stimmiges und schlüssiges Gesamtbild. Allfällige Zweifel seien bloss theoretischer Natur (Urteil S. 50). Die Beschwerdeführerin habe mit dem Brotmesser mehrfach gegen den Oberkörper der Geschädigten gestochen. Diese habe Abwehrverletzungen an den Händen erlitten. Sie habe flüchten wollen und sich zur Eingangstür begeben. Ihr und der durch die Schreie alarmierten und herbeigeeilten B._____ sei es zunächst nicht gelungen, die Türe zu öffnen, weil sie abgeschlossen gewesen sei. Schliesslich habe die Geschädigte die Türe aufmachen können, sei draussen blutüberströmt auf B._____ gestossen

und habe diese aufgefordert, die Polizei zu rufen. Ihr gegenüber habe sie gesagt: "si isch duredrät" (Urteil S. 50 f.).

2.3.3. Die Beschwerdeführerin argumentiert durchgehend im Rahmen der ihrer Ansicht nach "absolut zentralen Frage nach einer möglichen Dritttäterschaft" (Beschwerde S. 11 et passim). Es handelt sich dabei um eine Schutzbehauptung, für welche nicht die geringsten stichhaltigen Anhaltspunkte ersichtlich sind. Bereits das erstinstanzliche freisprechende Urteil hatte eine Dritttäterschaft ausgeschlossen (vgl. Rückweisungsurteil 6B 307/2016 vom 17. Juni 2016 E. 2.4.2).

Dass der kriminaltechnische Dienst aufgrund von Schuhspuren die mögliche Anwesenheit einer weiteren Person nicht ausschliessen konnte (Urteil S. 19), ändert nichts an diesem Sachverhalt. Eine Verletzung der Unschuldsvermutung oder des Untersuchungsgrundsatzes wegen "nicht vorgenommener Auswertung von Fingerspuren am Griff des Messers" (Beschwerde S. 22) ist ebenfalls nicht ersichtlich. Nach der Vorinstanz konnte an der Klinge des Messers vorne, mittig und hinten die DNA der Geschädigten festgestellt werden. Am Messergriff vorne und hinten wurde ein DNA-Mischprofil festgestellt, bei welchem die DNA der Beschwerdeführerin und der Geschädigten komplett vorhanden waren. Zusätzliche DNA-Merkmale waren nicht vorhanden (Urteil S. 19). Die Vorinstanz hält fest, die Blutspuren am Tatmesser bewiesen nur, dass beide Frauen damit Kontakt hatten; Hinweise auf eine mögliche Täterschaft ergäben sich daraus nicht (Urteil S. 20).

2.3.4. Die Vorinstanz stellt ferner fest, die geringe männliche DNA-Nebenkomponente am Türstopper liefere ebenfalls keine Hinweise auf eine allfällige Dritttäterschaft, zumal daraus einzig abgeleitet werden könne, dass eine männliche Person vor der Tat damit in Berührung gekommen sei (Urteil S. 20). Die Beschwerdeführerin weist dagegen auf den Fundort des Türstoppers hin, der mit aller erdenklichen Deutlichkeit auf eine unberechtigte bzw. nicht der angedachten Verwendung entsprechende Benützung hindeute (Beschwerde S. 23). Einerseits ist es gerichtsnotorisch, dass eine DNA-Anhaftung zunächst nur den Beweis dieser DNA-Anhaftung erbringt, und andererseits bleibt es reine Spekulation, wann und weshalb der Türstopper dorthin gelangte und was es weiter mit ihm auf sich hat. Es lassen sich auch aus der Untersuchung des Türstoppers weder Hinweise für oder gegen eine männliche Dritttäterschaft finden (Urteil S. 20). Ebenso wenig liess sich aus den Blutspuren auf eine Dritttäterschaft schliessen (entgegen Beschwerde S. 26).

2.3.5. Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz unter dem Titel der Würdigung der subjektiven Beweismittel Unregelmässigkeiten und willkürliche Beweiswürdigung hinsichtlich der Aussagen von B._____ (Beschwerde S. 60 ff.), ihrer eigenen Aussagen (Beschwerde S. 70 ff.) sowie jener der Geschädigten vor (Beschwerde S. 82 ff.) und macht eine Täuschung über ihre Rolle sowie jene der Geschädigten im Strafverfahren geltend, denn sie sei von der Polizei als Geschädigte einvernommen und nicht als Auskunftsperson belehrt worden (Beschwerde S. 72, 75), und die Geschädigte sei von der Polizei getäuscht und unklar belehrt worden (Beschwerde S. 84, 86). Sie setzt sich weder mit den umfangreichen verfahrensrechtlichen Erwägungen (Urteil S. 8-14) noch mit der tatsächlichen Würdigung konkret auseinander noch expliziert sie unter Bezeichnung der fraglichen Normen der aStrV/BE oder der StPO eine Rechtsverletzung (vgl. insb. Art. 448 Abs. 2 StPO). Wie bereits das Rückweisungsurteil 6B 307/2016 vom 17. Juni 2016 E. 2.4.1 festhielt, wurde die Strafuntersuchung unter dem früheren kantonalen Verfahrensrecht am 26. Oktober 2010 gegen unbekannte Täterschaft eröffnet (Urteil S. 10), so dass die "Rollen" im polizeilichen Ermittlungsverfahren erst noch zu klären waren.

2.3.6. Die Beweiswürdigung ist Aufgabe des Sachgerichts (Art. 10 Abs. 2 StPO). In der Begründung ist "in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt" (Art. 42 Abs. 2 BGG auch oben E. 2.2). Die verletzte Norm ist zu benennen, und es ist aktengestützt darzulegen, inwiefern sie verletzt ist. Das Vortragen einer eigenen Tatversion ist unbehelflich. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit der akribischen vorinstanzlichen Würdigung nicht diesen Voraussetzungen gemäss auseinander, sondern plädiert für ihre Tathypothese. Diese sich im Rahmen der beiden Argumentationslinien "Parteilichkeit" und "Dritttäterschaft" bewegenden, weitschweifigen Ausführungen, auf die nicht weiter einzutreten ist, entbehren jeder belastbaren faktischen Grundlage. Eine Unhaltbarkeit der vorinstanzlichen Entscheidung ist weder dargelegt noch ersichtlich.

3.

Das Bundesgericht ist kein Berufungsgericht und prüft unter dem Titel von Art. 106 Abs. 1 BGG betreffend die Rechtsanwendung von Amtes wegen grundsätzlich nur die erhobenen Rügen, es sei denn, die rechtlichen Mängel lägen geradezu auf der Hand (BGE 142 I 99 E. 1.7.1 S. 106; 140 III 115 E. 2 S. 116).

Ein Rechtsfehler liegt in der von der Beschwerdeführerin nicht gerügten (immerhin oben E. 1.3) versehentlichen vorinstanzlichen Annahme, das Urteil könne zu Ungunsten der Beschwerdeführerin abgeändert werden (Urteil S. 6). Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Staatsanwaltschaft Berufung erhoben hatte. Entscheidend ist indes, dass (einzig) die Beschwerdeführerin das Berufungsurteil vor Bundesgericht angefochten hatte. Nach ständiger Rechtsprechung folgt aus der Bindung an die Parteibegehren ein Verbot der reformatio in peius nach bundesgerichtlicher Rückweisung (BGE 135 IV 87 E. 6 S. 97; 141 II 353 E. 2 S. 362; 143 IV 214 E. 5.2.1 S. 220). Die Vorinstanz durfte über das im Berufungsurteil festgesetzte Strafmass nicht hinausgehen (oben Sachverhalt A).

Die Freiheitsstrafe ist auf vier Jahre herabzusetzen. Die Sache ist liquid. Das Bundesgericht kann reformatorisch entscheiden (Art. 107 Abs. 2 BGG), was sich hier auch prozessökonomisch aufdrängt. Ziff. I/1 des angefochtenen Dispositivs (Urteil S. 61) ist von Amtes wegen zu korrigieren. Eine Vernehmlassung kann daher unterbleiben (vgl. Urteil 6B 1203/2017 vom 1. November 2017 E. 4 mit Hinweisen). Die Kosten des vorangehenden Verfahrens sind nicht anders zu verteilen (Art. 67 BGG). Der insoweit im Ergebnis erfolgreichen Beschwerdeführung kann im Rahmen der Kosten und Parteientschädigung Rechnung getragen werden.

4.

Die Beschwerde ist im Sinne der E. 3 teilweise gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Entsprechend sind der Beschwerdeführerin die Kosten nur zum Teil aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und hat der Kanton Bern ihr eine herabgesetzte Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. Die Ziffer I/1 des Dispositivs des Urteils des Obergerichts des Kantons Bern vom 27. April 2017 wird aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"1. Zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren."

2.

Der Beschwerdeführerin werden die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- auferlegt.

3.

Der Kanton Bern hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.-- auszurichten.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. November 2017

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw