

**Obergericht
des Kantons Bern**

Beschwerdekammer in
Strafsachen

**Cour suprême
du canton de Berne**

Chambre de recours pénale

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 09
Fax +41 31 635 48 15
obergericht-straf.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Beschluss

BK 16 384

Bern, 3. Oktober 2016

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Apolloni Meier,
Oberrichter Studiger
Gerichtsschreiberin Bohren

Verfahrensbeteiligte

Staatsanwältin A._____, **Regionale Staatsanwaltschaft
Emmental-Oberaargau**, Dunantstrasse 11, 3400 Burgdorf
Gesuchsgegnerin



B._____
v.d. Rechtsanwalt C._____
Beschuldigter/Gesuchsteller

Gegenstand

Ausstand
Strafverfahren wegen Urkundenfälschung

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen B._____ ein Strafverfahren wegen Urkundenfälschung zum Nachteil von D._____ (nachfolgend: Privatkläger). Am 1. Juni 2016 stellte die Staatsanwaltschaft das Verfahren gegen B._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) ein. Die vom Privatkläger dagegen erhobene Beschwerde hiess die Beschwerdekammer in Strafsachen am 9. September 2016 gut. Sie hob die staatsanwaltschaftliche Verfügung vom 1. Juni 2016 auf und wies die Staatsanwaltschaft an, die Untersuchung im Sinne der Erwägungen weiterzuführen. Am 15. September 2016 verfügte Staatsanwältin A._____ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin), dass gestützt auf Ziffer 1 des Beschlusses der Beschwerdekammer vom 9. September 2016 drei Zeugeneinvernahmen angesetzt würden. Auf die Einvernahme der zwei weiteren Zeugen werde aus Gründen der Verhältnismässigkeit (vorerst) verzichtet. Nach Erhalt dieser Verfügung telefonierte der Verteidiger des Gesuchstellers am 20. September 2016 mit der Gesuchsgegnerin. Er beantragte, dass diese auf ihre Verfügung vom 15. September 2016 zurückkomme und alle fünf Zeugen befrage, was die Gesuchsgegnerin ablehnte. Gleichentags ersuchte der Gesuchsteller bei der Beschwerdekammer in Strafsachen darum, dass die Gesuchsgegnerin zu verpflichten sei, in den Ausstand zu treten. Die Gesuchsgegnerin liess sich am 22. September 2016 zum Ausstandsgesuch vernehmen und beantragte die Abweisung des Gesuchs. Der Gesuchsteller replizierte am 27. September 2016 und hielt an seinen Anträgen fest.
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 der Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Für den Entscheid über den Ausstand von Mitgliedern der Staatsanwaltschaft ist die Beschwerdekammer zuständig (Art. 59 Ziff. 1 Bst. b StPO). Auf das frist- und formgerechte Ausstandsgesuch ist einzutreten.
3.
 - 3.1 Zur Begründung seines Ausstandsgesuchs macht der Gesuchsteller geltend, er habe die Gesuchsgegnerin am Telefon darauf hingewiesen, dass sich die Auswahl der vom Privatkläger beantragten Zeugen wohl kaum mit einem Hinweis auf das Verhältnismässigkeitsprinzip begründen lasse und die Privatklägerschaft jeden weiteren Entscheid der Staatsanwaltschaft wieder mit Beschwerde an das Obergericht weiterziehen werde. Darauf habe die Gesuchsgegnerin geantwortet, sie sei im Verfahren bereits zweimal vor Obergericht unterlegen. Sie werde die ausgewählten Zeugen befragen und danach einen Strafbefehl erlassen. Der Gesuchsteller habe ja dann Gelegenheit, den Strafbefehl anzufechten und könne im Rahmen des ordentlichen Verfahrens die Befragung der Zeugen nachholen lassen. Diese Aussage der Gesuchsgegnerin, dass sie im Verfahren bereits zweimal vor Obergericht unterlegen sei und einen Strafbefehl erlassen werde, obschon die Zeugeneinvernahmen noch gar nicht durchgeführt seien, lege offen, dass die Gesuchsgegnerin ihre eigenen Interessen, nämlich nicht mehr vor Obergericht zu unterliegen, über die ihr

vom Gesetz als Staatsanwältin auferlegten Pflichten, nämlich die gesetzmässige und geordnete Durchführung des Verfahrens, stelle. Damit begehe die Gesuchsgegnerin nicht nur eine schwere Verfehlung, sie erscheine zugleich voreingenommen und befangen.

- 3.2 Dagegen bringt die Gesuchsgegnerin vor, im Ausstandsgesuch seien ihre Aussagen verkürzt wiedergegeben worden. Sie habe dem Verteidiger des Gesuchstellers gesagt, dass sie vorerst nur drei Zeugen befragen wolle, wie in der Verfügung angekündigt. Es stimme, dass sie gesagt habe, nach Durchführung dieser Einvernahmen den Erlass eines Strafbefehls zu prüfen. Sie habe auch die Möglichkeit erwähnt, dass die beiden weiteren Zeugen auch vom Regionalgericht befragt werden könnten, sollte der Gesuchsteller gegen einen allfälligen Strafbefehl Einsprache erheben. Sie habe ausserdem die zwei in vorliegender Sache erfolgten Beschlüsse des Obergerichts erwähnt. Jedoch habe sie auch gesagt, dass nach dieser ersten Einvernahmeserie noch weitere Beweismassnahmen durchgeführt werden könnten, sollte es sich als angezeigt erweisen. Insbesondere habe sie gesagt, dass die vorerst nicht einvernommenen Zeugen in einer zweiten Runde befragt werden könnten. Hier verweise sie auch auf die Formulierung in der Verfügung vom 15. September 2016, wonach auf die Befragung der zweiten, erst polizeilich einvernommenen Person *vorerst* verzichtet werde.
- 3.3 In seiner Replik hält der Gesuchsteller fest, er bestreite die Ausführungen der Gesuchsgegnerin. Er habe in seinem Gesuch die Aussagen der Gesuchsgegnerin nicht verkürzt wiedergegeben. Ausserdem habe sich die Gesuchsgegnerin zu ihrer Aussage, sie sei im Verfahren bereits zweimal vor Obergericht unterlegen, mit keinem Wort vernehmen lassen.

4.

- 4.1 Der Gesuchsteller macht einen Ausstandsgrund nach Art. 56 Bst. f StPO geltend. 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. Diese Bestimmung erfasst im Sinne einer Auffangklausel die Befangenheit aus anderen als den in Bst. a – e aufgeführten Gründen. Entscheidendes Kriterium ist, ob bei problematischen Konstellationen der Ausgang des Verfahrens bei objektiver Betrachtungsweise noch als offen erscheint (BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N 38 zu Art. 56 StPO). Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit einer Person kann sich aus Äusserungen ergeben, welche die gebotene Distanz zur Sache vermissen lassen (BOOG, a.a.O., N 54 zu Art. 56 StPO). Materielle oder prozessuale Rechtsfehler sind in erster Linie im Rechtsmittelverfahren zu rügen und lassen sich 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 fehlender Distanz und Neutralität beruhende Haltung offenbaren, begründen sie keinen hinreichenden Anschein der Befangenheit (BOOG, a.a.O., N 59 zu Art. 56 StPO mit Hinweisen).

- 4.2 Die Gesuchsgegnerin hat in der Verfügung vom 15. September 2016 angekündigt, nur drei der vom Privatkläger beantragten fünf Zeugen parteiöffentlich einzuvernehmen. E._____ und F._____ könnten zur Frage der Körnung des Asphalt es Aussagen tätigen, G._____ sei bereits polizeilich, aber noch nicht parteiöffentlich befragt worden. Auf die Befragung von H._____ werde verzichtet, weil dieser vorab zur Steilheit der Rampe Aussagen machen könne. Ausserdem werde I._____ vorerst nicht parteiöffentlich befragt.

Es liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft, welche Zeugen sie in welcher Reihenfolge befragt. Dies gilt selbst nachdem die Beschwerdekammer die Staatsanwaltschaft im Beschluss vom 9. September 2016 angewiesen hat, die Untersuchung im Sinne der Erwägungen weiterzuführen. Diesen Erwägungen ist bloss zu entnehmen, dass sich die vom Privatkläger beantragte Beweismassnahme aufdränge, um den Sachverhalt zu klären. Konkrete Weisungen zum weiteren Vorgehen wurden der Gesuchsgegnerin nicht erteilt. Der (vorläufige) Verzicht auf zwei Zeugeneinvernahmen begründet daher keine Befangenheit der Gesuchsgegnerin. Es kommt hinzu, dass die (partiell öffentliche) Befragung der Zeugen nicht etwa vom Gesuchsteller, sondern vom Privatkläger beantragt wurde, der eine Verletzung seiner Teilnahmerechte geltend machte. Inwiefern der (vorläufige) Verzicht auf zwei vom Privatkläger beantragte Zeugeneinvernahmen dazu führen sollte, dass die Gesuchsgegnerin die ihr obliegenden Pflichten zum Nachteil des Gesuchstellers missachten sollte, erschliesst sich der Beschwerdekammer nicht.

Im Weiteren gibt die Gesuchsgegnerin zu, die beiden das Verfahren gegen den Gesuchsteller betreffenden Beschlüsse des Obergerichts am Telefon erwähnt zu haben. Selbst wenn sie dazu gesagt haben sollte, sie sei im Verfahren bereits zweimal vor Obergericht unterlegen, begründet dies keine Voreingenommenheit oder ein persönliches Interesse der Gesuchsgegnerin. Aus dieser Aussage kann nicht abgeleitet werden, dass das Interesse der Gesuchsgegnerin, vor Obergericht nicht mehr zu unterliegen, über die ihr vom Gesetz auferlegten Pflichten hinausgehe. Das Interesse der Gesuchsgegnerin, dass nicht ein drittes Mal ein Entscheid in der gleichen Sache im Verfahren vor Obergericht aufgehoben wird, ist verständlich. Es begründet indessen keine Absicht der Gesuchsgegnerin, inskünftig nicht mehr gesetzmässig arbeiten zu wollen.

Umstritten ist, welchen Wortlaut die Gesuchsgegnerin verwendete, als sie dem Gesuchsteller einen Strafbefehl wegen Urkundenfälschung in Aussicht stellte. Der Gesuchsteller macht geltend, die Gesuchsgegnerin habe bereits am Telefon gesagt, sie werde einen Strafbefehl gegen ihn erlassen, also noch bevor sie die vorgeladenen Zeugen befragt habe. Daraus leitet er die Voreingenommenheit der Gesuchsgegnerin ab. Die Gesuchsgegnerin bestätigt indessen bloss, gegenüber dem Verteidiger des Gesuchstellers gesagt zu haben, dass sie nach Durchführung der drei Einvernahmen den Erlass eines Strafbefehls prüfen werde. Sie habe aber darauf hingewiesen, dass noch weitere Beweismassnahmen durchgeführt werden könnten. Heute kann nicht mehr festgestellt werden, welche Formulierung die Gesuchsgegnerin anlässlich des Telefongesprächs tatsächlich verwendete. Es existiert dazu keine Aktennotiz.

Dem Beschluss des Obergerichts vom 9. September 2016 ist zu entnehmen, dass die Beschwerdekammer in Strafsachen den Sachverhalt rechtlich anders bewertete als die Staatsanwaltschaft in ihrer Einstellungsverfügung. Die Beschwerdekammer kam zum Schluss, dass der Tatbestand der Urkundenfälschung objektiv und subjektiv erfüllt sei, wenn nachgewiesen werden könne, dass die nachträgliche Abänderung des Werkvertrages ohne Einverständnis des Privatklägers erfolgte, wofür bereits bei derzeitiger Aktenlage mehrere Umstände sprechen würden. Es drängt sich daher auf, die gerügte Aussage der Gesuchsgegnerin – die immerhin gegenüber einer rechtskundigen Person getätigt wurde – im Gesamtzusammenhang zu würdigen: Selbst wenn davon ausgegangen würde, die Gesuchsgegnerin habe dem Verteidiger des Gesuchstellers gesagt, sie werde nach den Zeugeneinvernahmen einen Strafbefehl erlassen, begründet dies unter den gegebenen Umständen keine Voreingenommenheit der Gesuchsgegnerin. Diese Aussage wäre vielmehr darauf zurückzuführen, dass die Gesuchsgegnerin an die oben zusammengefassten Erwägungen des Obergerichts gebunden ist. Bei der Frage, ob sie das Verfahren nach Durchführung der Einvernahmen erneut einstellen oder aber einen Strafbefehl erlassen bzw. Anklage erheben will, wird der Gesuchsgegnerin kein grosser Spielraum mehr verbleiben.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die bisherigen fehlerhaften Verfahrenshandlungen (Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügung) jeweils zugunsten des Beschuldigten ausfielen und mittels Beschwerde vom Privatkläger erfolgreich gerügt werden konnten. Insgesamt ist weder eine vorgefasste Meinung der Gesuchsgegnerin erkennbar, noch liegen besonders krasse und wiederholte Rechtsfehler vor, die den Anschein der Befangenheit gegenüber dem Gesuchsteller begründen würden.

5. Das Ausstandsgesuch erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Die Kosten des Ausstandsverfahrens sind vom unterliegenden Gesuchsteller zu tragen (Art. 59 Abs. 4 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahrens, bestimmt auf CHF 600.00, werden dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt C. _____
 - der Gesuchsgegnerin (mit den Akten)

Bern, 3. Oktober 2016

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Bohren

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.