

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 19 510

Bern, 10. Januar 2020

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Falkner, Ober-
richter J. Bähler
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

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



Staatsanwalt C. _____

Gesuchsgegner

Gegenstand

Ausstand
Strafverfahren wegen Raufhandels etc.

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt unter anderem gegen A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) ein Strafverfahren wegen Raufhandels etc. Am 22. November 2019 stellte er, amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt B._____, ein Ausstandsgesuch gegen den fallführenden Staatsanwalt Amstutz (nachfolgend: Gesuchsgegner). Mit Stellungnahme vom 26. November 2019 beantragte der Gesuchsgegner, das Ausstandsgesuch sei unter Kostenfolge abzuweisen. Gleichzeitig übermittelte er die Angelegenheit zur Beurteilung an die Beschwerdekammer in Strafsachen. Der Gesuchsteller replizierte am 30. Dezember 2019 und hielt an seinem Rechtsbegehren 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 311]). Bis zum Entscheid übt die betroffene Person ihr Amt weiter aus (Art. 59 Abs. 3 StPO). Zuständig für den Entscheid ist die Beschwerdekammer (Art. 59 Abs. 1 Bst. b StPO). Der Gesetzgeber verzichtete auf die Festlegung einer Frist, innerhalb derer ein Ablehnungsgesuch spätestens zu erfolgen hat. Wie sich aus der Formulierung «ohne Verzug [...], sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat» ergibt, kann das Recht auf Ausstand indessen nicht ohne zeitliche Beschränkung geltend gemacht werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Ablehnungsgrund unverzüglich nach dessen Kenntnisnahme geltend gemacht werden; andernfalls ist der Anspruch verwirkt (BGE 140 I 271 E. 8.4.3 mit Hinweisen). Der Ausstand ist mithin so früh wie möglich, d.h. in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme, zu verlangen. Ein Ablehnungsgesuch, das beispielsweise erst nach zwei Wochen gestellt wird, ist klarerweise verspätet (Urteile des Bundesgerichts 1B_513/2017 vom 5. März 2018 E. 3.2, 1B_58/2017 vom 5. April 2017 E. 2.3 und 6B_973/2016 vom 7. März 2017 E. 3.3.2, je mit Hinweisen). Eine Verspätung des Ausstandsbegehrens tritt nach der Rechtsprechung dann in den Hintergrund, wenn der Anschein der Befangenheit derart offensichtlich ist, dass der Staatsanwalt – etwa wenn er ein erhebliches persönliches Interesse hat – aus eigenem Antrieb in den Ausstand hätte treten müssen (BOOG, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 8 zu Art. 58 StPO; BGE 134 I 20 E. 4.3.2 [= Pra 2008 Nr. 73]). Das Ausstandsgesuch wurde rechtzeitig gestellt, entsprechend ist auf dieses einzutreten.
3. Am 11. Mai 2019 ging bei der Staatsanwaltschaft die Meldung ein, dass im Raum D._____ ein Raufhandel stattgefunden und es 19 Anhaltungen gegeben habe, dass eine Person mit Schussverletzung ins Inselspital eingeliefert worden sei, dass eine Person mit Messerverletzungen am Arm und im Rücken ebenfalls ins Inselspital eingeliefert worden sei sowie dass eine Person eine Rissquetschwunde am Kopf habe. Im Verlauf der Nacht wurde eine weitere schwerverletzte Person aus dem Spital Olten gemeldet. Die Kantonspolizei Bern begab sich vor Ort und nahm Ermittlungen auf. In derselben Nacht wurden mit sämtlichen angetroffenen Personen eine Erstbefragung und eine Spurensicherung durchgeführt. Die Staatsanwalt-

schaft eröffnete ein Verfahren gegen 32 Personen im Wesentlichen wegen Raufhandels. Gegen den Gesuchsteller dehnte sie am 9. Juli 2019 das Verfahren auf die Tatbestände versätzliche Tötung, evtl. schwere Körperverletzung, evtl. einfache Körperverletzung mit gefährlichem Gegenstand z.N. von E._____ aus. Der Gesuchsteller wurde am 11. Juli 2019 verhaftet. Grund dafür war die Kollusionsgefahr zu F._____, weil an einem Messer – das unterhalb des Clublokals im Gras gefunden wurde – auf der Klinge die DNA des Opfers einer Messerattacke (E._____) festgestellt werden konnte und sich auf dem Hähchen zum Öffnen des Messers DNA des Gesuchstellers befand. Auf einem Bündel, welches am Messer befestigt war, stellte die Polizei zudem die DNA von F._____ sicher. Bis zum Zeitpunkt der Hafteröffnung wurden parteiöffentliche Einvernahmen mit G._____ (Zeugin aus dem Innern des Clublokals), H._____ (Schussopfer), I._____ (Rissquetschwunde am Kopf) und mit E._____ (Messeropfer) durchgeführt. F._____ konnte am 19. Juli 2019 – in Anwesenheit von Rechtsanwalt B._____ – einvernommen werden, worauf der Gesuchsteller mangels Kollusionsgefahr aus der Haft entlassen wurde.

4.

- 4.1 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. Für den allgemeinen grundrechtlichen Anspruch auf Unabhängigkeit und Objektivität von Strafverfolgungsbehörden ausserhalb einer richterlichen Funktion ist Art. 29 Abs. 1 BV massgebend, wobei der Bestimmung ein mit Art. 30 Abs. 1 BV weitgehend übereinstimmender Gehalt zukommt (BOOG, a.a.O., N. 3 vor Art. 56-60 StPO). Die in einer Strafverfolgungsbehörde tätige Person hat die an sie herangetragenen Fragen unvoreingenommen und frei von Bindungen an die Parteien, deren Standpunkte oder anderen Drittinteressen zu beurteilen (BOOG, a.a.O., N. 4 vor Art. 56-60 StPO). Sie hat die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen (Art. 6 Abs. 2 StPO). Sie kann abgelehnt werden, wenn Umstände (etwa strafprozessual unzulässige vorverurteilende Äusserungen) vorliegen, welche nach objektiven Gesichtspunkten geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (Urteil des Bundesgerichts 1B_537/2012 vom 28. September 2012 m.w.H.). Befangenheit bezeichnet eine innere Einstellung zu den Verfahrensbeteiligten oder zum Gegenstand des konkreten Verfahrens, welche die gebotene Distanz vermissen lässt und aus der heraus die Person sachfremde Elemente einfließen lässt mit der Folge, dass sie einen Verfahrensbeteiligten benachteiligt oder bevorzugt oder zumindest dazu neigt (BOOG, a.a.O., N. 7 vor Art. 56-60 StPO). Ob der Anschein von Befangenheit vorliegt, beurteilt sich ohne Rücksicht auf das subjektive Empfinden der Verfahrenspartei. Die strafprozessualen Bestimmungen über den Ausstand (Art. 56 StPO) konkretisieren die verfassungsmässigen Garantien gemäss Art. 30 (bzw. Art. 29) BV. Die in der Strafbehörde tätige Person hat unter anderem dann in den Ausstand zu treten, wenn sich eine Befangenheit aus «anderen Gründen, insbe-

sondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand» ableiten lässt. Der Anschein der Befangenheit kann durch unterschiedlichste Gegebenheiten erweckt werden. Dazu können insb. vor oder während eines Prozesses abgegebene Äusserungen einer Justizperson zählen, die den Schluss zulassen, dass sich diese bereits eine feste Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hat (Urteil des Bundesgerichts 1B_434/2017 vom 4. Januar 2018 E. 5.2).

Richtet sich ein Ausstandsgesuch gegen einen Staatsanwalt, ist zwischen den unterschiedlichen Rollen, welche die Staatsanwaltschaft während eines Verfahrens einnimmt, zu differenzieren (vgl. Art. 16 Abs. 2 StPO). Im Vorverfahren obliegt der Staatsanwaltschaft die Leitung des Verfahrens, so dass ihr die Verantwortung für die gesetzmässige und geordnete Durchführung des Verfahrens zukommt (Art. 61 Bst. a und 62 Abs. 1 StPO). Während des Vorverfahrens muss sie von Amtes wegen alle bedeutsamen Tatsachen abklären und belastende und entlastende Umstände mit gleicher Sorgfalt untersuchen (Art. 6 StPO). In diesem Rahmen ist die Staatsanwaltschaft zu einer gewissen Unparteilichkeit gehalten, auch wenn sie – zumindest vorübergehend – gegenüber der beschuldigten Person eine parteilichere Haltung einnimmt oder zu einem gewissen Zeitpunkt die Ermittlungen gemäss ihren Überzeugungen führen soll. Auch wenn die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Untersuchungen einen gewissen Freiraum hat, so hat sie eine Verpflichtung, Zurückhaltung zu zeigen. Sie hat jegliches unloyale Vorgehen zu unterlassen (zum Ganzen BGE 138 IV 142 E. 2.2.1). Demgegenüber wird die Staatsanwaltschaft nach dem Verfassen der Anklageschrift, in gleicher Weise wie die beschuldigte Person oder die Privatklägerschaft, im Hauptverfahren zu einer Partei (Art. 104 Abs. 1 Bst. c StPO). Definitionsgemäss ist sie in diesem Stadium nicht mehr zur Unparteilichkeit gehalten und es obliegt ihr grundsätzlich, die Anklage zu vertreten (Art. 16 Abs. 2 in fine StPO). In diesem Rahmen verleihen weder Art. 29 und 30 BV noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK der beschuldigten Person einen besonderen Schutz, um sich gegen die Haltung des Staatsanwalts und dessen während der Hauptverhandlung dargelegten Überzeugungen zu beschweren (BGE 138 IV 142 E. 2.2.2).

- 4.2 Der Gesuchsteller bringt im Wesentlichen folgende Argumente vor: Erstens sei der Gesuchsgegner aufgrund von zwei gemachten Vorhalten – vom 11. Juli 2019 einerseits und vom 18. November 2019 andererseits, als die Untersuchung noch nicht weit fortgeschritten gewesen sei – als voreingenommen zu qualifizieren. Zweitens äussere sich der Gesuchsgegner hierzu in seiner Stellungnahme nicht näher. Drittens stelle er zur Akteneinsicht und zur Relevanz von Aktenbestandteilen zentrale Elemente unrichtig dar. Viertens habe sich die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren neutral zu verhalten, was hier nicht der Fall gewesen sei.
- 4.3 Der Gesuchsgegner entgegnet im Kern, es gehöre zu Einvernahmen dazu, dass einem Beschuldigten vorgehalten werde, was sich bisher für ein Bild ergebe. Dies unter anderem deshalb, damit er sich verteidigen und das rechtliche Gehör gewahrt werden könne. Derartige Vorhalte seien Arbeitshypothesen, mit welcher die Verfahrensleitung und auch die Verteidigung versuchten, einen Sachverhalt zu rekonstruieren. Dies könne nicht beanstandet werden.

4.4

- 4.4.1 Sowohl die Verteidigung als auch die Staatsanwaltschaft machen in ihren Eingaben ausführliche Darlegungen, die teilweise über den Streitgegenstand – die Ausstandsfrage – hinausgehen; so etwa in Bezug auf die Rolle des Verteidigers einerseits und der Strafverfolgungsbehörde andererseits oder in Bezug auf Verfahrensstrategien allgemein. Die Begründung, weshalb kein Ausstandsgrund gegeben ist, kann indes in der gebotenen Kürze abgehandelt werden. Es sind zwei Themenbereiche zu unterscheiden: Erstens sind die Vorhalte anlässlich der Befragungen vom 11. Juli 2019 resp. vom 18. November 2019 kritisch zu würdigen. Zweitens ist auf eventuelle Verfahrensfehler im Bereich Akteneinsicht und -führung einzugehen.
- 4.4.2 Zu den aktenkundigen Vorhalten des Gesuchsgegners ist Folgendes zu sagen: Entgegen der Ansicht der Verteidigung geht die Staatsanwaltschaft als Strafverfolgungsbehörde bei der Führung des Vorverfahrens und bei der Anklageerhebung im Grundsatz von der *Hypothese der Schuld* des Beschuldigten aus (vgl. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl. 2018, N. 16 zu Art. 56 StPO). Dies hat etwa zur Folge, dass im Falle des Vorliegens be- und entlastender Tatsachen nach dem Grundsatz *in dubio pro duriore* prinzipiell Anklage zu erheben ist, wenn nicht ein Freispruch als wahrscheinlicher erscheint. Nach diesen Grundsätzen handelt der Gesuchsgegner in diesem Strafverfahren. Es ist nur denkrichtig, dass (wie hier) bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts die Staatsanwaltschaft die Hypothese zu bilden hat, dass der Beschwerdeführer eine schwere strafbare Handlung begangen hat. Die Unschuldsvermutung oder andere verfassungsmässige Rechte werden dadurch nicht verletzt. Andernfalls könnte die Staatsanwaltschaft gar nie tätig werden und Untersuchungen anstellen. Folglich zielen die Ausführungen der Verteidigung hierzu ins Leere, zumal ihre Argumentation, dass die «Theorie» falsch angewendet worden sei, in den Akten keine Stütze findet:

Es ist keineswegs so, dass der Gesuchsgegner den Gesuchsteller vorverurteilt und als Täter hingestellt hätte (anders bspw. in BGE 127 I 196: Sie waren immer gut, nicht nur als Betrüger, sondern auch als Zahntechniker), sondern er führte gemäss dem Beweiswirkung zukommenden Einvernahmeprotokoll vom 18. November 2019 aus: Anschliessend werden Sie gekommen sein und haben Herrn E._____ mit einem Messer attackiert. Im Anschluss kam dann noch eine dritte Person dazu. Dies ist der Sachverhalt, der sich nach meinem Dafürhalten aus dem bisherigen Beweisergebnis so ergibt. Was sagen Sie dazu? Er bildete also eine Hypothese und stellte direkt eine Frage. Ganz ähnlich war seine Wortwahl gemäss dem Protokoll vom 11. Juli 2019: Ich stelle eine Behauptung auf. Der erste Mann ist Herr F._____ und der zweite Mann mit dem Messer sind Sie. Was sagen Sie zu dieser Behauptung? [...] Wir gehen davon aus, dass Sie mit diesem Messer auf E._____ eingestochen haben. Was sagen Sie dazu? Der Gesuchsgegner stellte eine Behauptung auf und fragte wiederum den Gesuchsteller, was er dazu meine. Ein solches Vorgehen der Verfahrensleitung war zulässig (und ist es auch prinzipiell), und zwar unabhängig des Verfahrensstadiums. Dass sich der Gesuchsgegner in seiner Stellungnahme im Ausstandsverfahren dazu nicht detailliert geäussert hat, vermag daran nichts zu ändern. Da gemäss der Rechtsprechung sogar die vorläufige Einschätzung der Er-

folgschancen und der darauf beruhende Antrag des referierenden Richters, die einzig auf den Akten beruhen und sowohl die Gerichtsverhandlung als auch die Meinungsbildung im Richterkollegium vorbehalten, für sich allein keine Voreingenommenheit zum Ausdruck bringen (vgl. BOOG, a.a.O., N. 50 zu Art. 56 StPO m.H. insb. auf Urteil des Bundesgerichts 1P.437/1988 vom 19. Juli 1989), liegt hier umso mehr kein Ausstandsgrund vor. Des Weiteren sind keine despektierlichen Werturteile oder eine persönliche Abneigung gegenüber dem Gesuchsteller oder seinem amtlichen Verteidiger erkennbar. Freilich schreibt die Verteidigung richtig, dass nicht jedes vorverurteilende Beweisergebnis schlicht als vorläufig bezeichnet werden und damit der verfassungsmässige Grundsatz der Unvoreingenommenheit unterlaufen werden kann. Hier aber liegt, wie gesehen, eben keine Vorverurteilung vor.

Da gemäss den der Beschwerdekammer vorliegenden Akten mehr oder weniger niemand der Beteiligten konkret gesehen haben will, was am 11. Mai 2019 in D._____ geschah, ist es an der Strafverfolgung, sich ihr Bild aus den Indizien zusammenzusetzen. Dazu gehört es auch, dass die Beteiligten mit der Würdigung dieser Anhaltspunkte konfrontiert werden und ihnen Gelegenheit gegeben wird, sich dazu zu äussern. Der Gesuchsgegner führte zu keinem Zeitpunkt aus, dass das anzuklagende Tatgeschehen bereits in Stein gemeisselt wäre. Er hielt lediglich vorläufige Beweisergebnisse vor und stellte Vermutungen an, welche sich anhand der objektiven Beweismittel ergeben hatten. Gestützt darauf kann sich die beschuldigte Person auch wirksam verteidigen. Sämtliche Beteiligten wurden einlässlich und zum grossen Teil persönlich durch die Staatsanwaltschaft befragt. Zudem wird soweit ersichtlich in alle Richtungen ermittelt. So wurde gemäss dem Gesuchsgegner u.a. F._____ zwei Mal unter Anwesenheit von Rechtsanwalt B._____ respektive seiner Rechtspraktikantin einvernommen. Seine Tatbeteiligung ist bisher ebenfalls unklar. Ebenso wurde E._____ zwei Mal unter Anwesenheit von Rechtsanwalt B._____ respektive seines substituierten Vertreters einvernommen. Jener wurde danach durch die Verfahrensleitung explizit auf Widersprüche angesprochen. Die Ermittlungen werden mithin in objektiver Weise geführt. Es wird letztlich die Aufgabe der Staatsanwaltschaft sein zu versuchen, ein möglichst detailliertes Bild des Tatgeschehens anzufertigen, welches dann – je nach Ausgang und Erkenntnissen – durch ein Sachgericht gewürdigt werden muss. Im Übrigen ist die Schuldhypothese des Gesuchsgegners keineswegs aus der Luft gegriffen, befand sich doch am Hähchen zum Öffnen des Messers unstrittig die DNA des Gesuchstellers.

Dass sich der Gesuchsgegner bereits eine feste Meinung über den Ausgang des Verfahrens gebildet hätte – also über die Täterschaft des Gesuchstellers bereits entschieden wäre, soweit dies die Staatsanwaltschaft als *Strafverfolgungsbehörde* überhaupt kann – oder nicht sachlich, unbefangen und objektiv vorgegangen wäre, ist nicht ersichtlich. Es liegt kein Anschein von Befangenheit vor.

- 4.4.3 Zu den – im Eigentlichen auch gemäss der Verteidigung bloss Nebenpunkte darstellenden und zudem erst in der Replik ausführlich vorgebrachten – Themen im Bereich der Aktenführung- und bekanntgabe bleibt festzuhalten was folgt: Es mag sein, dass entgegen den Ausführungen der Staatsanwaltschaft die auf der akten-

kundigen CD-ROM enthaltenen Protokolle der ab dem 11. November 2019 durchgeführten Einvernahmen den Parteivertretern – und damit auch dem Gesuchsteller – im Zeitpunkt seines Befragungstermins vom 18. November 2019 noch nicht zur Kenntnis gebracht worden waren. Auch wird es so sein, dass die Beurteilung, welches die «wesentlichen» Akten eines Strafverfahrens sind, nicht für alle Parteien gleich ausfallen dürfte und es insofern nicht (einzig) an der Verfahrensleitung ist, eine Einschätzung zur Wesentlichkeit bzw. Relevanz von Beweismitteln vorzunehmen. Allerdings ist diesbezüglich folgende vom Bundesgericht mehrfach bestätigte Grundsatzregel zu beachten: Selbst wenn einer als Strafbehörde tätigen Person prozessuale oder materielle Fehler unterlaufen, begründen diese noch keinen hinreichenden Anschein einer Befangenheit. Solches wäre nur ausnahmsweise dann der Fall, wenn die Verfehlungen besonders krass wären und wiederholt auftreten, sodass sie einer schweren Amtspflichtverletzung gleichkommen und sich einseitig zulasten einer der Prozessparteien auswirken (Urteil des Bundesgerichts 1B_11/2013 vom 11. März 2013 E. 2). Dies ist hier nicht gegeben. Selbst wenn also Verfahrensfehler passiert wären, was offen gelassen werden kann, so wären dagegen Rechtsmittel zur Verfügung gestanden. Beispielsweise kann gegen eine verwehrte oder nur unvollständig zugelassene Akteneinsicht Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO erhoben werden. Aus den soeben dargelegten Umständen ergibt sich mithin ebenfalls kein Ausstandsgrund.

- 4.5 Nach dem Gesagten erweist sich das Ausstandsgesuch als unbegründet und ist abzuweisen.
5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 59 Abs. 4 StPO). Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die amtliche Entschädigung am Ende des Verfahrens fest (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Die Staatsanwaltschaft oder das urteilende Gericht legen die amtliche Entschädigung am Ende des Verfahrens fest.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, a.v.d. Rechtsanwalt B. _____
 - dem Gesuchsgegner

Bern, 10. Januar 2020

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell
i.V. Oberrichter J. Bähler
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 Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.