

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 64

Bern, 19. März 2019

Besetzung

Oberrichterin Schnell (Präsidentin), Oberrichterin Falkner, Ober-
richter J. Bähler
Gerichtsschreiberin Beldi

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Rechtsanwältin **B.** _____
Beschuldigter/Gesuchsteller

C. _____
Gesuchsgegner



Gegenstand

Ausstand
Strafverfahren wegen Diebstahls

Erwägungen:

1. Im Rahmen des in der Strafuntersuchung BM 17 53345 geführten Einspracheverfahrens erliess die Regionale Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 15. Januar 2019 gegen A._____ einen neuen Strafbefehl, in welchem dieser wegen Diebstahls schuldig erklärt und zu einer bedingten Geldstrafe von 72 Tagessätzen zu je CHF 30.00 und zu einer Verbindungsbusse von CHF 540.00 verurteilt worden ist. Hiergegen erhob A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller), verteidigt durch Rechtsanwältin B._____, am 28. Januar 2019 Einsprache. Gleichzeitig verlangte der Gesuchsteller, der zuständige Staatsanwalt C._____ (nachfolgend: Gesuchsgegner) habe in den Ausstand zu treten. Das Ausstandsgesuch wurde am 11. Februar 2019 zusammen mit den amtlichen Akten zuständigkeitshalber an die Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern überwiesen. In der beigelegten Stellungnahme vom 8. Februar 2019 beantragte der Gesuchsgegner die kostenfällige Abweisung des Ausstandsgesuchs. Nach einmalig gewährter Fristverlängerung replizierte der Gesuchsteller am 4. März 2019 und hielt an seinem Ausstandsbegehren 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 Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO; SR 312.0]). Zuständig für den Entscheid ist die Beschwerdekammer (Art. 59 Ziff. 1 Bst. b StPO). Das im Nachgang an den Strafbefehl vom 15. Januar 2019 gestellte Ausstandsgesuch vom 28. Januar 2019 erfolgte innert laufender Rechtsmittelfrist zusammen mit der Einsprache und ist demzufolge als rechtzeitig zu bezeichnen. Auf das im Übrigen formgerechte Ausstandsgesuch ist einzutreten.
 3.
 - 3.1 Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) gewährleisten jeder Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, 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. 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.
- Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind bei der Ablehnung eines Staatsanwalts nur anwendbar, wenn er ausnahmsweise in richterlicher Funktion tätig wird, wie das bei Erlass eines Strafbefehls zutrifft. Amtet er jedoch als Strafuntersu-

chungsbehörde, beurteilt sich die Ausstandspflicht nach Art. 29 Abs. 1 BV. Hinsichtlich der Unparteilichkeit des Staatsanwalts im Sinn von Unabhängigkeit und Unbefangenheit kommt Art. 29 Abs. 1 BV allerdings ein mit Art. 30 Abs. 1 BV weitgehend übereinstimmender Gehalt zu (BOOG, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 3 vor Art. 56-60 StPO). Auch ein Staatsanwalt kann somit im Vorverfahren abgelehnt werden, wenn Umstände vorliegen, die objektiv geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken (Urteil des Bundesgerichts 1B_396/2017 vom 21. März 2018 E. 2.1).

Die strafprozessualen Bestimmungen über den Ausstand (Art. 56 StPO) konkretisieren die verfassungsmässige Garantie gemäss Art. 30 bzw. Art. 29 BV. Demnach hat die in der Strafbehörde tätige Person unter anderem dann in den Ausstand zu treten, wenn sich eine Befangenheit aus «anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand» ableiten lässt (Art. 56 Bst. f StPO). Unter Art. 56 Bst. f StPO fällt auch die Mehrfachbefassung. So etwa wenn sich die Person, die mit demselben Fall in der gleichen Stellung schon einmal befasst war, in einem Mass festgelegt hat, dass das Verfahren bei objektiver Betrachtungsweise nicht mehr offen erscheint (BOOG, a.a.O., N. 38 und 61 zu Art. 56 StPO).

4. In sachverhaltsmässiger Hinsicht lässt sich den Akten was folgt entnehmen:

Dem Gesuchsteller wird ein Einbruchdiebstahl in einen D._____ Tankstellen-shop vorgeworfen, begangen am 28. November 2017 zusammen mit E._____. Gemäss Strafbefehl soll er eine vor dem Shop stehende, leere Gasflasche behändigt und gegen die Glasschiebetür geworfen haben. Durch das entstandene Loch hätten die beiden den Laden betreten. Der Gesuchsteller sei hinter die Bedienungstheke gesprungen, habe dort diverse Zigarettenspackungen genommen und diese E._____ übergeben. Anschliessend hätten die beiden mit der Beute (10 Packungen Zigarettens [Gesamtdeliktsbetrag CHF 85.00]) den Shop verlassen.

Aktenkundig stellte die F._____ GmbH Strafantrag wegen Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs; gleichzeitig konstituierte sie sich als Privatklägerin.

Mit Strafbefehl vom 18. Oktober 2018 verurteilte der Gesuchsgegner den Gesuchsteller wegen Diebstahls, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu je CHF 30.00 und zu einer Verbindungsbusse von CHF 750.00. Dagegen erhob der Gesuchsteller, vertreten durch die beigezogene Rechtsanwältin, am 1. November 2018 Einsprache. Am 30. November 2018 teilte der Gesuchsteller dem Gesuchsgegner mit, dass er um eine aussergerichtliche Einigung bemüht sei. Ausserdem hielt er fest, dass mit Blick auf den Deliktsbetrag von einem geringfügigen Vermögensdelikt auszugehen sei. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2018 lud der Gesuchsgegner den Gesuchsteller für eine Einvernahme, angesetzt für den 20. Februar 2019, vor.

Am 12. Dezember 2018 reichte der Gesuchsteller zwei Erklärungen der Privatklägerin ein, wonach diese den Strafantrag zurückziehe, auf die Rechte als Privatklägerin verzichte und sich der Rückzug auf sämtliche Delikte, das heisst auch auf den Vorwurf des Diebstahls beziehe (Erklärung über den Rückzug des Strafantrags vom 30. November 2018 und Desinteresse-Erklärung vom 7. Dezember 2018). Ei-

ner angeblich zuvor vom Gesuchsgegner telefonisch geäusserten Einschätzung, wonach es sich beim Diebstahlsvorwurf um ein Officialdelikt handle, entgegnete der Gesuchsteller, dass sich den Bildern der Überwachungskamera hierfür kein Interpretationsspielraum entnehmen lasse. Der Vorsatz sei nicht etwa auf mehr als die erbeuteten Zigaretten im Wert von CHF 85.00 gerichtet gewesen. Es sei somit von einem geringfügigen Vermögensdelikt gemäss Art. 172^{ter} des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) und damit von einem Antragsdelikt auszugehen. Vor diesem Hintergrund sei das Verfahren gegen ihn einzustellen.

Mit Verfügung vom 28. Dezember 2018 teilte der Gesuchsgegner mit, dass er das Verfahren teilweise einzustellen (die Tatbestände der Sachbeschädigung und des Hausfriedensbruchs betreffend) und wegen Diebstahls einen neuen Strafbefehl auszustellen gedenke. Den Parteien wurde Frist gesetzt, um Beweisanträge zu stellen. Dem beigelegten Einstellungsentwurf lässt sich hinsichtlich des Diebstahlsvorwurfs entnehmen, dass dieser als Officialdelikt eingestuft werden soll und hierfür eine ähnliche Bestrafung wie im Strafbefehl vom 18. Oktober 2018 beabsichtigt sei. Dies deshalb, weil sich der Gesuchsteller mit massiver Gewalt und mit Herbeiführung eines erheblichen Schadens von gegen CHF 5'000.00 Zutritt zum Geschäft verschafft und Zigaretten entwendet habe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass auch weiteres Deliktsgut, insbesondere Bargeld, behändigt worden wäre. Es liege kein «Bagatelldelikt» vor und im Fall eines Einbruchdiebstahls seien der Wert der Beute und der angerichtete Schaden ohnehin zu addieren, was ebenfalls klar gegen die Anwendung von Art. 172^{ter} StGB spreche.

Im Anschluss an diese Mitteilung verlangte der Gesuchsteller erneut die Befragung seiner Person. Ungeachtet dessen bzw. ohne die bereits angesetzte Einvernahme vom 20. Februar 2019 abzuwarten, stellte der Gesuchsgegner am 15. Januar 2019 das Verfahren teilweise ein. Gleichentags erfolgte der neue Strafbefehl, mit welchem der Gesuchsteller – wie angekündigt – wegen Diebstahls schuldig erklärt und zu einer bedingten Geldstrafe von 72 Tagessätzen zu je CHF 30.00 und zu einer Verbindungsbusse von CHF 540.00 verurteilt worden ist. Am 28. Januar 2019 erhob der Gesuchsteller Einsprache und stellte das hier interessierende Ausstandsgesuch. Daraufhin teilte der Gesuchsgegner dem Gesuchsteller am 31. Januar 2019 mit, dass die Vorladungsverfügung vom 4. Dezember 2018 betreffend Einvernahme vom 20. Februar 2019 nach wie vor gelte. Weiter führte er aus, dass aufgrund des Wegfalls des Strafantrags eine (teilweise) Einstellung habe erfolgen müssen. Im Fall, dass er (der Gesuchsteller) die Verurteilung wegen Diebstahls akzeptiert hätte, wäre das Verfahren geschlossen worden. Nun werde die – zu erwarten gewesene – neue Einsprache zu behandeln sein und er (der Gesuchsteller) könne sich am 20. Februar 2019 zu den Vorwürfen äussern. Weiter hielt der Gesuchsgegner hinsichtlich Ausstandsbegehrens fest, dass er sich in keiner Art und Weise befangen fühle und er sich durchaus vorstellen könne, das Strafmass nochmals zu überdenken. In Anbetracht des Grundsatzes «in dubio pro duriore» könne er sich hingegen derzeit eine Einstellung weniger gut oder nicht vorstellen.

5.

- 5.1 Der Gesuchsteller stützt sein Ausstandsbegehren auf Art. 56 Bst. f StPO und macht zusammengefasst geltend, dass der Ausgang des Verfahrens wegen des bisherigen Verhaltens des Gesuchsgegners nicht mehr als offen bezeichnet werden könne. Die zeitliche Abfolge des staatsanwaltlichen Vorgehens erwecke den Eindruck, dass seine Äusserungen die Betrachtungsweise des Gesuchsgegners nicht mehr zu beeinflussen vermöchten. Anders lasse sich kaum erklären, weshalb die bereits angesetzte Einvernahme vor Erlass des zweiten Strafbefehls nicht abgewartet worden sei. Dass sich der Gesuchsgegner bereits ein festes Bild vom Sachverhalt und dessen rechtlicher Qualifikation gemacht habe, ergebe sich auch aus dem Entwurf und der im Anschluss verschickten Einstellungsverfügung. Dieser Eindruck verstärke sich durch die unwesentliche Reduktion des Strafmasses von insgesamt 100 auf 90 Einheiten.
- 5.2 Im Gesuchsverfahren wiederholt der Gesuchsgegner seine bereits am 31. Januar 2019 dem Gesuchsteller gegenüber geäusserte Meinung, wonach keine Befangenheitsgründe vorlägen, sich aufgrund des Rückzugs des Strafantrags eine (teilweise) Einstellung aufgedrängt habe und der Erlass eines neuen Strafbefehls mit Mitteilung vom 28. Dezember 2018 in Aussicht gestellt worden sei. Da die erneute Einsprache zu erwarten gewesen sei, könne nun die bereits seit langer Zeit angesetzte Einspracheverhandlung durchgeführt werden. Diese Befragung sei nach dem Erlass des Strafbefehls im Einspracheverfahren immer vorgesehen gewesen. Im Anschluss daran kämen der Erlass eines dritten Strafbefehls mit allenfalls reduzierter Strafe und angepasstem Tagessatz, das Festhalten am zweiten Strafbefehl oder allenfalls gar die Einstellung in Frage. Der Verfahrensausgang sei demnach immer noch offen.
- 5.3 Es ist dem Gesuchsteller darin beizupflichten, dass das staatsanwaltliche Vorgehen in der Tat ungewöhnlich ist. Weshalb vor Erlass des zweiten Strafbefehls nicht zuerst die bereits angesetzte Einvernahme durchgeführt worden ist, ist für die Beschwerdekammer nicht nachvollziehbar, zumal der Rückzug des Strafantrags nicht eine umgehende (Teil-)Einstellung verlangt und der Gesuchsgegner mit einer erneuten Einsprache gegen den zweiten Strafbefehl gerechnet hat. Ungeachtet dessen begründet das vom Gesuchsgegner gewählte Vorgehen keinen Anschein der Voreingenommenheit. Bei allfälligen materiellen oder prozessualen Fehlern sind in erster Linie die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel zu ergreifen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_396/2017 vom 21. März 2018 E. 2.1 sowie BGE 143 IV 69 E. 3.2), was der Gesuchsteller denn mit Einreichung der zweiten Einsprache auch getan hat. Anders verhält es sich nur, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen, die eine schwere Verletzung der Amtspflichten darstellen (BGE 141 IV 178 E. 3.2). Solche liegen hier aber nicht vor.

Entgegen den Ausführungen des Gesuchstellers ist auch nicht davon auszugehen, dass sich der Gesuchsgegner bereits derart auf einen Sachverhalt und eine rechtliche Würdigung festgelegt hätte, dass selbst eine Einvernahme nichts mehr daran ändern könnte. Dass sich der Gesuchsgegner im Hinblick auf den Erlass des ersten wie auch des zweiten Strafbefehls hinsichtlich rechtlicher Qualifikation des Diebstahls als Officialdelikt eine vorläufige Meinung gebildet hat, ist nicht zu bean-

standen. Merkwürdig mutet – wie erwähnt – nur an, dass er einen zweiten Strafbefehl erlassen hat, obschon ein Einvernahmetermin angesetzt gewesen war und – allein schon aufgrund der rechtlichen Konsequenzen, die eine Qualifikation des Tatvorwurfs als Official- oder Antragsdelikts mit sich bringt – mit einer erneuten Einspracheerhebung gerechnet werden musste. Auch wenn sich der Gesuchsgegner in seinem Schreiben vom 31. Januar 2019 dahingehend geäußert hat, dass er sich eine Einstellung weniger gut oder gar nicht vorstellen könne, kann daraus – ebenso wenig wie aufgrund des Strafmasses – nicht auf eine Vorbefassung geschlossen werden. Aus dem fraglichen Schreiben ergibt sich unmissverständlich, dass es sich hierbei um eine momentane Einschätzung handelt.

Auch wenn das staatsanwaltliche Vorgehen als ungewöhnlich zu bezeichnen ist, sind für die Beschwerdekammer keine Umstände ersichtlich, die objektiv geeignet wären, den Anschein der Befangenheit zu erwecken. Das Ausstandsgesuch erweist sich demnach als unbegründet und ist abzuweisen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Gesuchsteller die Verfahrenskosten (Art. 59 Abs. 4 StPO).

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahrens, bestimmt auf CHF 800.00, werden dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwältin B. _____
 - dem Gesuchsgegner (mit den Akten)

Bern, 19. März 2019

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Die Präsidentin:

Oberrichterin Schnell

Die Gerichtsschreiberin:

Beldi

i.V. Gerichtsschreiberin Kurt

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.