

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 21 9

Bern, 3. Februar 2021

Besetzung

Oberrichter J. Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichter Gerber
Gerichtsschreiber Müller

Verfahrensbeteiligte

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



Staatsanwalt C. _____, Regionale Staatsanwaltschaft Region
Emmental-Oberaargau, Dunantstrasse 11, 3400 Burgdorf
Gesuchsgegner

Gegenstand

Ausstand
Strafverfahren wegen Landfriedensbruchs und Raufhandels

Erwägungen:

1. Die Regionale Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führt gegen A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) ein Strafverfahren wegen Landfriedensbruchs und Raufhandels. Am 30. Dezember 2020 stellte er, verteidigt durch Rechtsanwalt B._____, ein Ausstandsgesuch gegen den fallführenden Staatsanwalt C._____ (nachfolgend: Gesuchsgegner). Mit Stellungnahme vom 7. Januar 2021 beantragte der Gesuchsgegner, das Ausstandsgesuch sei unter Kostenfolge abzuweisen. Gleichzeitig übermittelte er die Angelegenheit zur Beurteilung an die Beschwerdekammer in Strafsachen. Die Stellungnahme wurde dem Gesuchsteller am 16. Januar 2021 zugestellt.
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. Der Gesuchsteller – bzw. sein Verteidiger – bringt vor was folgt:
Aufgrund Ihrer disziplinarischen Anzeige gegen mich vom 21. Dezember 2020 an die Anwaltsaufsichtsbehörde, erachte ich es als nicht mehr opportun, dass dieses Strafverfahren weiterhin von Ihnen betreut bzw. geführt wird. Ich stelle hiermit das Begehren, dass Sie in den Ausstand zu treten haben und ersuche Sie höflich mein Gesuch an die zuständige Behörde weiterzuleiten, wobei ich ausdrücklich den Antrag stelle, dass dieses Verfahren von einer anderen regionalen Staatsanwaltschaft weiterbehandelt werden muss. [...] Ich begründe das Begehren damit, dass es Ihnen aufgrund der disziplinarischen Anzeige gegen mich nicht mehr möglich ist in diesem Verfahren eine neutrale Rolle einnehmen zu können. Damit ist nach meiner Auffassung eine objektive Sachverhaltsermittlung nicht

mehr gewährleistet ist, da sie mir sinngemäss vorwerfen Zeugen beeinflusst zu haben. Diesen Vorwurf weise ich im Übrigen mit Entschiedenheit zurück. Weiter werfen Sie mir vor mit den weiteren Beschuldigten bezüglich der erkennungsdienstlichen Erfassung Kontakt gehabt zu haben. Abgesehen davon, dass für mich bis heute nicht nachvollziehbar ist weshalb bezüglich meines Mandanten seinerzeit erkennungsdienstliche Massnahmen angeordnet worden sind, bleibt es für mich bis heute schleierhaft wie die sichergestellten Daten bzw. Fingerabdrücke und Fotos im vorliegenden Fall hätten überhaupt verwendet bzw. verwertet werden können. Die angeordneten erkennungsdienstlichen Massnahmen wurden einzig und allein deshalb angeordnet, um „Beweismaterial“ auf Vorrat zu beschaffen. Die Vorwürfe erhalte ich ebenfalls als haltlos.

4. Der Gesuchsgegner vertritt zusammengefasst die Auffassung, er erachte sich in keiner Weise als befangen. Die erhobenen Vorwürfe würden zurückgewiesen. Die gegen den Verteidiger erstattete Anzeige sei kein Hinweis für eine bestehende Feindschaft oder Abneigung und sei auch nie so gemeint gewesen. Der Gesuchsgegner sei schlicht zur Anzeigeerstattung verpflichtet gewesen.
5.
 - 5.1 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, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechts-

beistand» 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).

- 5.2 Es liegt kein Anschein der Befangenheit vor. Zur Begründung ist festzuhalten was folgt:

Gestützt auf Art. 32 des Kantonalen Anwaltsgesetzes (KAG; BSG 168.11) sowie Art. 15 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes (BGFA; SR 935.61) sind Gerichte, Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, der Anwaltsaufsichtsbehörde Vorfälle zu melden, welche die anwaltlichen Berufspflichten verletzen könnten. Im Zuge der staatsanwaltlichen Einvernahme des Zeugen D._____ vom 6. November 2020 im Strafverfahren gegen den Gesuchsteller sowie gegen weitere Beschuldigte stellte sich heraus, dass sich Rechtsanwalt B._____ vor der Zeugen-Einvernahme im G._____Gebäude in Bern mit zwei potentiellen und später von ihm als durch die Staatsanwaltschaft einzuvernehmen beantragten Zeugen – D._____ und E._____ – getroffen hatte (siehe EV D._____ vom 6. November 2020, Z. 147 ff.). Zweck dieses Treffens sei gewesen, die Aussagen der potentiellen Zeugen zu überprüfen, um ihren Wert im Verfahren gegen den beschuldigten Gesuchsteller beurteilen zu können. Gemäss Aussagen des Zeugen D._____ hatte nicht Rechtsanwalt B._____ zu diesem Treffen eingeladen,

sondern der G. _____-Mitarbeiter F. _____ (Z. 158). Des Weiteren hatte Rechtsanwalt B. _____ im Zusammenhang mit den Einvernahmen der Beschuldigten sowie der angeordneten erkennungsdienstlichen Erfassung gemäss dem Gesuchsgegner mutmasslich Kontakt mit mehreren beschuldigten H. _____-Fans gehabt. Rechtsanwalt B. _____ hatte sich gemäss dem Gesuchsgegner zudem gegenüber der Polizei anfänglich auf den Standpunkt gestellt, selber alle Beschuldigten auf I. _____ (Ort. bzw. Club)-Seite verteidigen zu wollen, was ihm allerdings verweigert wurde (vgl. dazu Anzeigerapport vom 20. März 2020, S. 4 unten). In der Folge verweigerten der Beschuldigte selber sowie mehrere Mitbeschuldigte nach (relativ wahrscheinlicher) Rücksprache mit Rechtsanwalt B. _____ geschlossen und mit praktisch deckungsgleichen Schreiben und Begründungen die erkennungsdienstliche Erfassung (siehe Fasz. Erkennungsdienstliche Erfassungen).

Gestützt auf diese Tatsachen erhob der Gesuchsgegner – nach Erlass der entsprechenden Strafbefehle gegen die diversen Beschuldigten, mithin grundsätzlich nach Abschluss der staatsanwaltschaftlichen Sachverhaltsermittlung – offenbar (und nach Ansicht der Kammer aus ausreichenden Gründen) Anzeige gegen Rechtsanwalt B. _____ wegen einer möglichen Verletzung der beruflichen Sorgfaltspflichten gemäss Art. 12 Bst. a BGFA. Gegen den Strafbefehl erhob der Gesuchsteller Einsprache, welche noch hängig ist (siehe Fasz. Strafbefehle/A. _____). Vor diesem Hintergrund erscheint der Gesuchsgegner zusammenfassend weder gegenüber dem Beschuldigten noch gegenüber seinem Verteidiger in irgendeiner Art als befangen. Die gegen den Verteidiger erstattete Anzeige ist kein Hinweis für eine bestehende Feindschaft oder Abneigung des Gesuchsgegners. Vielmehr war er gesetzlich prinzipiell zur Anzeigeerstattung verpflichtet. Von einer ausgeprägten Abneigung, das heisst von erheblichen persönlichen Spannungen oder einem schwerwiegenden Zerwürfnis, kann keine Rede sein. Anzuführen bleibt, dass (nach einem allfälligen Einspracheverfahren) der Gesuchsgegner vor dem Sachgericht nicht mehr – zumindest in demselben Mass – zur Objektivität verpflichtet sein wird. Im (hier unmittelbar bevorstehenden) Gerichtsverfahren ist die Staatsanwaltschaft vielmehr Partei. Insgesamt erweisen sich die Vorbringen des Gesuchstellers als unbegründet.

- 5.3 Nach dem Gesagten ist das Ausstandsgesuch abzuweisen.
6. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Gesuchsteller kostenpflichtig (Art. 59 Abs. 4 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. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten/Gesuchsteller, v.d. Rechtsanwalt B._____ (per Einschreiben)
 - dem Gesuchsgegner (mit den Akten – per Einschreiben)

Bern, 3. Februar 2021

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

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.