

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 23 410

Bern, 30. Oktober 2023

Besetzung

Oberrichter Bähler (Präsident), Oberrichter Schmid,
Oberrichter Gerber
Gerichtsschreiberin Ueltschi

Verfahrensbeteiligte

A. _____
v.d. Fürsprecher Dr. B. _____
Beschuldigte 1/Gesuchstellerin

C. _____
v.d. Rechtsanwalt D. _____
Beschuldigte 2

E. _____
v.d. Rechtsanwalt D. _____
Beschuldigter 3

H. _____
Gesuchsgegnerin



F._____ AG
v.d. Rechtsanwalt Dr. G. _____
Straf- und Zivilklägerin

Gegenstand

Ausstand
Strafverfahren wegen übler Nachrede, evtl. Verleumdung

Erwägungen:

1.

- 1.1 Am 29. Mai 2020 erstattete die Straf- und Zivilklägerin, die F._____ AG (nachfolgend: Privatklägerin), vertreten durch Rechtsanwalt G._____, im Zusammenhang mit der Veröffentlichung eines Online-Artikels Strafanzeige gegen A._____ (nachfolgend: Beschuldigte 1/Gesuchstellerin), C._____ (nachfolgend: Beschuldigte 2) und E._____ (nachfolgend: Beschuldigter 3) wegen übler Nachrede, evtl. Verleumdung. Mit Verfügung vom 31. Mai 2021 nahm die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht an die Hand. Dagegen erhob die Privatklägerin Beschwerde, welche mit Beschluss vom 26. Januar 2022 gutgeheissen wurde. In der Folge untersuchte die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt unter der Verfahrensnummer BM 20 22842 und erhob am 11. Januar 2023 Anklage beim Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Regionalgericht). Mit Beschwerde vom 23. Januar 2023 rügte die Privatklägerin, dass die Staatsanwaltschaft eine implizite Teileinstellung vorgenommen habe. Mit Beschluss vom 11. Juli 2023 (BK 23 24) wurde die Beschwerde gutgeheissen, die implizite Teileinstellung aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen. Dagegen reichte die Gesuchstellerin, vertreten durch Fürsprecher B._____, Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht ein (7B_461/2023). Mit Verfügung vom 21. September 2023 teilte die Staatsanwaltschaft den Parteien mit, dass das gestützt auf den Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 23 24 vom 11. Juli 2023 neu eröffnete Strafverfahren unter der Verfahrensnummer BM 23 40138 geführt werde und sie gedenke, Anklage beim Regionalgericht zu erheben.
- 1.2 Mit Schreiben vom 26. September 2023 beantragte die Gesuchstellerin die Edition der amtlichen Akten 7B_461/2023 beim Bundesgericht sowie die Sistierung der Untersuchung bis zum Entscheid des Bundesgerichts. Als Eventualantrag stellte sie ein Ausstandsgesuch betreffend die Gesuchsgegnerin. Mit Verfügung vom 27. September 2023 lehnte die Staatsanwaltschaft die Anträge auf Beizug der Akten des Beschwerdeverfahrens 7B_461/2023 und die Sistierung des Verfahrens ab. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 2023 419 vom 24. Oktober 2023 abgewiesen.
- 1.3 Am 28. September 2023 leitete die Staatsanwaltschaft das Ausstandsgesuch an die zuständige Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern (nachfolgend: Beschwerdekammer) weiter und nahm gleichzeitig Stellung dazu. Die Beschwerdekammer eröffnete gestützt auf die Eingabe der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 3. Oktober 2023 ein Ausstandsverfahren und forderte die weiteren Parteien zur Stellungnahme sowie die Staatsanwaltschaft zur Einreichung der amtlichen Akten (BM 23 40138) auf. Mit Eingabe vom 9. Oktober 2023 beantragte die Gesuchstellerin die Sistierung des Ausstandsverfahrens bis zum Entscheid des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesgericht (7B_461/2023). Mit Schreiben vom 10. Oktober 2023 beantragte die Privatklägerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Beschuldigten 2 und 3, beide vertreten durch Rechtsanwalt D._____, teilten mit Eingabe vom 16. Oktober 2023 mit, dass sie sich in Bezug auf den Ausstands-

trag auf die Justiz verliessen. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2023 wies die Verfahrensleitung den Antrag auf Sistierung des Ausstandsverfahrens ab und teilte mit, dass das Urteil des Bundesgerichts 7B_461/2023 vom 9. Oktober 2023 vorliege und sich die Sistierung damit erübrigt habe. Gleichzeitig gab sie den Parteien die Gelegenheit zur Einreichung abschliessender Bemerkungen. Auf einen zweiten Schriftenwechsel wurde verzichtet. Die Parteien verzichteten auf die Einreichung abschliessender Bemerkungen.

2.

- 2.1 Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen, hat sie gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO der Verfahrensleitung ohne Verzug ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat. Nach der Rechtsprechung muss die gesuchstellende Person den Ausstand in den nächsten Tagen nach Kenntnis des Ausstandsgrunds verlangen. Andernfalls verwirkt sie grundsätzlich den Anspruch (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3 mit Hinweisen). In der Regel gilt ein sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds gestelltes Gesuch noch als rechtzeitig; ein zwei- bis dreiwöchiges Zuwarten ist dagegen bereits verspätet (Urteile 1B_42/2022 vom 14. Juni 2022 E. 2.1; 1B_266/2021 vom 25. August 2021 E. 2; 1B_98/2020 vom 26. November 2020 E. 2.2; je mit Hinweisen). Bei ganz offensichtlichem Anschein der Befangenheit steht die allfällige Verspätung eines Ausstandsgesuchs der Ausstandspflicht unter Umständen nicht entgegen (Urteil des Bundesgericht 1B_209/2022 vom 22. Dezember 2022 E. 2.1 mit weiteren Hinweisen).
- 2.2 Die Privatklägerin bringt in ihrer Stellungnahme vor, die Gesuchstellerin habe bereits mit Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern BK 2023 24 vom 11. Juli 2023 davon ausgehen können, dass die Gesuchsgegnerin auch mit dem neu zu eröffnenden Strafverfahren befasst sein werde. Daher habe sie bereits am 11. Juli 2023 vom geltend gemachten Ausstandsgrund Kenntnis erhalten, weshalb das Ausstandsgesuch mit Schreiben vom 26. September 2023 zu spät eingereicht worden sei. Der Privatklägerin kann insofern Recht gegeben werden, als dass bei einer Rückweisung der Strafsache durch das Gericht an die Staatsanwaltschaft diese in der Regel durch dieselbe Staatsanwältin oder denselben Staatsanwalt weiterbearbeitet wird. Fraglich ist, ob zur Beurteilung des Zeitpunktes von der Kenntnisnahme eines Ausstandsgrundes auf diese Vermutung abgestellt werden kann. Vorliegend erhielt die Gesuchstellerin spätestens mit Verfügung vom 21. September 2023 Kenntnis davon, dass die Gesuchsgegnerin auch tatsächlich mit dem neu eröffneten Verfahren befasst ist. Wird auf diesen Zeitpunkt für die Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes abgestellt, wäre das Ausstandsgesuch mit Eingabe vom 26. September 2023 bei der Staatsanwaltschaft innert Frist und somit rechtzeitig eingereicht worden. Ob das Ausstandsgesuch rechtzeitig gestellt wurde, kann allerdings offengelassen werden, da es – wie nachstehend aufgezeigt wird – ohnehin abzuweisen ist.

3.

- 3.1 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. Nimmt die Vertretung der Staatsanwaltschaft ihre Funktion als Strafuntersuchungs- oder Anklagebehörde wahr, beurteilt sich die Ausstandspflicht nach Art. 29 Abs. 1 BV, wobei der Bestimmung ein mit Art. 30 Abs. 1 BV weitgehend übereinstimmender Gehalt zukommt. 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, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2023, N. 3 f. vor Art. 56-60 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 E. 3.4.1 mit Hinweisen). 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. Eine Gerichtsperson gilt als befangen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in ihre Unparteilichkeit zu erwecken (BOOG, a.a.O., N. 7 f. 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 Besorgnis der Voreingenommenheit bzw. Vorbefassung entsteht immer dann, wenn die in einer Strafbehörde tätige Person bereits in einem früheren Stadium des Verfahrens in einer anderen Stellung mit der gleichen Strafsache befasst war. Nicht erfasst wird die Konstellation, in der die in der Strafbehörde tätige Person in der gleichen Stellung und in der gleichen Sache mehrfach tätig ist, etwa nach Rückweisung der Sache durch die Rechtsmittelinstanz. Dabei liegt kein Fall der Vorbefassung i.S.v. Art. 56 lit. b StPO vor. Eine Mehrfachbefassung in diesem Sinn kann aber im Rahmen von Art. 56 lit. f StPO relevant werden, so wenn zu erwarten ist, die Person habe sich in Bezug auf einzelne Fragen bereits in einem Masse festgelegt, dass das Verfahren im späteren Verfahrensabschnitt nicht mehr als offen erscheint. Keine unzulässige Mehrfachbefassung liegt aber etwa vor bei der Gerichtsperson, welche an dem durch die Rechtsmittelinstanz aufgehobenen Entscheid beteiligt war und nach Rückweisung der Sache an der Neuurteilung mitwirkt. Von den beteiligten Gerichtspersonen und der Staatsanwaltschaft wird grundsätzlich erwartet, dass sie die Sache mit der nötigen Professionalität und Unvoreingenommenheit nochmals behandeln. So handelt es sich bei einer Gerichtsperson, welche an dem durch die Rückweisung der Sache an der Neuurteilung mitwirkt, nicht um eine unzulässige Mehrfachbefassung i.S.v. Art. 56 lit. f StPO (BOOG, a.a.O., N. 17 und N. 28 f. zu Art. 56 StPO).

Richtet sich ein Ausstandsgesuch gegen einen Staatsanwalt oder eine Staatsanwältin, 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. Nach der Erstellung der Anklageschrift wird die Staatsanwaltschaft hingegen wie der Beschuldigte oder die Privatklägerschaft zu einer Partei (Art. 104 Abs. 1 Bst. c StPO). Per definitionem ist sie nicht mehr zur Unparteilichkeit verpflichtet und es obliegt ihr grundsätzlich, die Anklage zu unterstützen (Art. 16 Abs. 2 in fine StPO). In diesem Rahmen gewähren weder Art. 29 und 30 BV noch Art. 6. Abs. 1 EMRK dem Beschuldigten einen besonderen Schutz, der es ihm erlaubt, sich über das Verhalten der Staatsanwaltschaft und die von ihr in der Hauptverhandlung geäusserten Meinungen zu beschweren. Ein Staatsanwalt kann nicht systematisch abgelehnt werden, weil er in der gleichen Sache bereits eine Nichteintretens- oder Einstellungsverfügung erlassen hat, die von der Beschwerdeinstanz aufgehoben wurde. Einerseits begründen Entscheidungen oder Verfahrenshandlungen, die sich später als fehlerhaft erweisen, für sich allein noch keinen objektiven Anschein der Befangenheit; nur besonders schwerwiegende oder wiederholte Fehler, die eine schwere Verletzung der richterlichen Pflichten darstellen, können den Verdacht der Befangenheit begründen, sofern die Umstände darauf hindeuten, dass der Richter beschuldigt wird, oder zumindest den Anschein der Befangenheit objektiv rechtfertigen. Andererseits geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Richter, der nach der Aufhebung einer seiner Entscheidungen erneut entscheiden muss, im Allgemeinen in der Lage ist, die Meinung der höheren Instanz zu berücksichtigen und sich an die ihm erteilten Anweisungen anzupassen. Nur außergewöhnliche Umstände können daher in solchen Fällen eine Ablehnung rechtfertigen, wenn der Richter durch sein Verhalten und seine früheren Äusserungen deutlich gemacht hat, dass er nicht in der Lage sein wird, seinen Standpunkt zu überdenken und den Fall unter Absehung von seinen früheren Ansichten wieder aufzunehmen. (BGE 138 IV 142 E. 2.2 ff. mit Hinweisen).

- 3.2 Zum Zeitpunkt der Einreichung des Ausstandsgesuchs befand sich die zurückgewiesene implizite Teileinstellung bei der Gesuchsgegnerin zur Strafuntersuchung, wobei diese mit Verfügung vom 21. September 2023 die Anklage in Aussicht stellte; der zuvor angeklagte Teil war bereits beim Regionalgericht hängig. Diesezüglich macht die Gesuchstellerin den Ausstandsgrund der Vorbefassung gemäss Art. 56 lit. b StPO geltend. Die Gesuchsgegnerin fungiere in Personalunion gleichzeitig in zwei verschiedenen Verfahren mit verschiedenen Funktionen und Aufgaben. Die Gesuchsgegnerin sei für die Untersuchung des neu eröffneten Strafverfahrens (BM 23 40138) zuständig und gleichzeitig Partei im laufenden Hauptverfahren vor dem

Regionalgericht (PEN 23 15-17). Dabei sei sie zum einen Partei im Hauptverfahren, zum anderen leite sie die Strafuntersuchung, wobei sie neutral und objektiv aufzutreten habe. Damit bestehe nicht nur der Anschein von Befangenheit, sondern ein offensichtlicher Interessenskonflikt. Unbestritten und von der Gesuchstellerin selbst festgehalten ist, dass die Rückweisung der impliziten Teileinstellung durch die Beschwerdeinstanz an die Gesuchgegnerin allein keine unzulässige Mehrbefassung und somit keinen Ausstandsgrund darstellt.

- 3.3 Den Ausführungen der Gesuchstellerin kann nicht gefolgt werden. Der Umstand, dass die Gesuchsgegnerin zum einen die Strafuntersuchung der zurückgewiesenen Teileinstellung führt und im Hauptverfahren als anklagende Partei auftritt, stellt keine unzulässige Konstellation der Vorbefassung dar. Naturgemäss findet in der Stellung als Staatsanwältin oder Staatsanwalt zwar ein Funktionswechsel, aber gerade kein Wechsel der Stellung statt, wie es bei der Vorbefassung der Fall ist. Eine «klassische» Vorbefassung ist bei einem Richter anzunehmen, der vor seiner Wahl in der gleichen Strafsache als Staatsanwalt Untersuchungshandlungen vornahm (BGE 117 Ia 157). Während die Staatsanwaltschaft im Rahmen des Vorverfahrens die Strafuntersuchung objektiv und neutral durchzuführen hat, ist sie gemäss Rechtsprechung als Partei vor Gericht nicht mehr zur Unparteilichkeit verpflichtet. Der Beschuldigte kann keine entsprechenden Ansprüche zum Schutz vor Äusserungen der Staatsanwaltschaft als Partei im Hauptverfahren ableiten (E.3.1 hier-vor). Überdies wird von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten erwartet, dass sie sich ihrer unterschiedlichen Funktionen je nach Verfahrensstadium bewusst sind und – wie vorliegend – die Strafuntersuchung mit der nötigen Professionalität durchführen und gleichzeitig ihre Rolle als anklagevertretende Staatsanwältin wahrnehmen können. So gelten gemäss Rechtsprechung im Rahmen der Vorbefassung insbesondere die Tätigkeiten als untersuchender, einstellender und anklagender Staatsanwalt als an sich vereinbar (JOSITSCH/SCHMID, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2023, S. 190 Rz. 514 mit Hinweisen). Andere Hinweise, die den Anschein der Befangenheit bei der Gesuchsgegnerin erwecken lassen, liegen nicht vor. Insbesondere sind den Akten keine entsprechenden Äusserungen oder schwerwiegende Verfahrensfehler zu entnehmen; solche werden denn auch nicht geltend gemacht. Mithin sind keine weiteren Ausstandsgründe gemäss Art. 56 lit. a-f StPO auszumachen.
- 3.4 Mittlerweile hat die Staatsanwaltschaft am 11. Oktober 2023 beim Regionalgericht Anklage im Verfahren BM 23 40138 mit dem Antrag auf Vereinigung mit dem hängigen Verfahren PEN 23 15 erhoben. Damit ist die Strafuntersuchung im Verfahren BM 23 40138 vollständig und das Vorverfahren abgeschlossen. Im Sinne des Antrages in der Anklageschrift ist davon auszugehen, dass die Verfahren entsprechend vereint und zusammen behandelt werden.
- 3.5 Nach dem Gesagten erweist sich das Ausstandsgesuch als unbegründet und ist abzuweisen.
4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kostenpflichtig (Art. 59 Abs. 4 StPO). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden bestimmt auf CHF 800.00.

5.

- 5.1 Anders als für die Verfahrenskosten (Art. 59 Abs. 4 StPO) findet sich in Art. 56 ff. StPO keine Regelung betreffend allfällige Entschädigung. Die Frage der Entschädigung ist nach den ordentlichen Regeln zu prüfen (Urteil des Bundesgerichts 1B_227/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 6.2).
- 5.2 Zuzufolge ihres Unterliegens hat die Gesuchstellerin keinen Anspruch auf eine Entschädigung.
- 5.3 Einschlägig ist mit Blick auf die Privatklägerin Art. 433 StPO. Gemäss Art. 433 Abs. 2 StPO hat die Privatklägerschaft ihre Entschädigungsforderung zu beantragen, zu beziffern und zu belegen. Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, tritt die Strafbehörde auf den Antrag nicht ein. Vorliegend wurde die Höhe der beantragten Parteientschädigung ins gerichtliche Ermessen gestellt. Damit wird den gesetzlichen Anforderungen auf Bezifferung und Belegung nicht nachgekommen, weshalb auf den entsprechenden Antrag nicht einzutreten und entsprechend keine Entschädigung zu sprechen ist.
- 5.4 Den Beschuldigten 2 und 3 sind durch die Eingabe vom 16. Oktober 2023 keine entschädigungswürdigen Aufwände entstanden; es werden denn auch keine solchen geltend gemacht.

Die Beschwerdekammer in Strafsachen beschliesst:

1. Das Ausstandsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Ausstandsverfahrens, bestimmt auf CHF 800.00, werden der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Entschädigungen werden keine gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - der Beschuldigten 1/Gesuchstellerin, v.d. Fürsprecher Dr. B. _____ (per Einschreiben)
 - den Beschuldigten 2+3, beide v.d. Rechtsanwalt D. _____ (per Einschreiben)
 - der Straf- und Zivilklägerin, v.d. Rechtsanwalt Dr. G. _____ (per Einschreiben)
 - der Gesuchsgegnerin (per Einschreiben)

Mitzuteilen:

- der Regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland (per Kurier)

Bern, 30. Oktober 2023

Im Namen der Beschwerdekammer
in Strafsachen

Der Präsident:

Oberrichter Bähler

Die Gerichtsschreiberin:

Ueltschi

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens 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.