

**Strafprozessordnung.** Art. 56 lit. f StPO. Ausstand eines Staatsanwalts. Der fallführende Staatsanwalt kann bei ergänzend durchzuführenden Beweiserhebungen nach Anklageerhebung nicht allein durch diesen Umstand als befangen gelten. Es ist zu prüfen, ob Äusserungen, die vor Gericht in der Eigenschaft als Partei gemacht wurden, geeignet sind, die ergänzende Untersuchung als nicht mehr offen erscheinen zu lassen. Dazu reicht nicht jede pointierte Aussage vor Gericht aus. Solange die Ausführungen der Staatsanwaltschaft insgesamt sachbezogen erscheinen und sie nicht unnötig herabsetzend, entgleisend oder präjudizierend sind, sind sie nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken. Fehlerhafte Verfügungen und Verfahrenshandlungen des Staatsanwalts begründen schliesslich für sich keinen Anschein der Voreingenommenheit. Anders verhält es sich, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen, die eine schwere Verletzung der Amtspflichten darstellen. Im konkreten Fall konnte im Umstand allein, dass der fallführende Staatsanwalt Beweisergänzungen nach Anklageerhebung durchführen musste, kein Ausstandsgrund erblickt werden. Besonders krasse Verfahrensfehler waren nicht vorhanden, auch wenn die Beweisergänzung eine nicht unerhebliche Anzahl von Einvernahmen betraf. Die Äusserungen des Staatsanwalts vor Gericht waren insgesamt ausreichend sachbezogen. Abweisung des Ausstandsgesuchs.

Obergericht, 17. August 2020, OG BI 20 4

(Das Bundesgericht schrieb die dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen als gegenstandslos geworden ab, BGer 1B\_498/2020 vom 18.05.2021)

#### **Aus den Erwägungen:**

2. Strittig und zu prüfen ist, ob beim Gesuchsgegner als fallführendem Staatsanwalt ein Ausstandsgrund vorliegt.

a) Gemäss Art. 56 lit. f StPO 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. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Generalklausel, welche alle Ausstandsgründe erfasst, die in Art. 56 lit. a-e StPO nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Sie entspricht Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die Rechtsprechung nimmt Voreingenommenheit und Befangenheit an, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters 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 (zum Ganzen: BGE 141 IV 179 E. 3.2.1).

b) 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 Strafuntersuchungsbehörde, beurteilt sich die Ausstandspflicht nach Art. 29 Abs. 1 BV. Wohl darf der Gehalt von Art. 30 Abs. 1 BV nicht unbesehen auf nicht richterliche Behörden beziehungsweise auf Art. 29 Abs. 1 BV übertragen werden. Hinsichtlich der Unparteilichkeit des Staatsanwalts im Sinne von Unabhängigkeit und Unbefangenheit kommt Art. 29 Abs. 1 BV allerdings ein mit Art. 30 Abs. 1 BV weitgehend übereinstimmender Gehalt zu. Auch ein Staatsanwalt kann abgelehnt

werden, wenn Umstände vorliegen, die objektiv geeignet sind, den Anschein der Befangenheit zu erwecken. Das gilt allerdings nur für das Vorverfahren. Gemäss Art. 61 lit. a StPO leitet die Staatsanwaltschaft das Verfahren bis zur Anklageerhebung. Die Staatsanwaltschaft gewährleistet insoweit eine gesetzmässige und geordnete Durchführung des Verfahrens (Art. 62 Abs. 1 StPO). Sie untersucht die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt (Art. 6 Abs. 2 StPO). Zwar verfügt sie bei ihren Ermittlungen über eine gewisse Freiheit. Sie ist jedoch zu Zurückhaltung verpflichtet. Sie hat sich jeden unlauteren Vorgehens zu enthalten und sowohl die belastenden als auch die entlastenden Umstände zu untersuchen. Sie darf keine Partei zum Nachteil einer anderen bevorzugen. Nach Erhebung der Anklage wird die Staatsanwaltschaft dagegen wie die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft zur Partei (Art. 104 Abs. 1 StPO). In diesem Verfahrensstadium ist die Staatsanwaltschaft definitionsgemäss nicht mehr zur Unparteilichkeit verpflichtet und hat sie grundsätzlich die Anklage zu vertreten (Art. 16 Abs. 2 StPO). Insoweit gewähren weder Art. 29 Abs. 1 noch Art. 30 Abs. 1 BV noch Art. 6 Ziff. 1 EMRK dem Beschuldigten einen besonderen Schutz, der es ihm erlauben würde, sich über die Haltung des Staatsanwalts und dessen Äusserungen in den Verhandlungen zu beschweren (zum Ganzen: BGE 141 IV 179 f. E. 3.2.2).

c) Gemäss Art. 339 Abs. 5 StPO kann das Gericht bei der Behandlung von Vor- oder Zwischenfragen die Hauptverhandlung jederzeit vertagen, um die Akten oder die Beweise zu ergänzen oder durch die Staatsanwaltschaft ergänzen zu lassen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hält fest, das Gesetz gehe davon aus, dass der Staatsanwalt bei derartigen Beweiserhebungen nach Anklageerhebung nicht befangen sei. Diese Wertung des Gesetzes sei verbindlich und im Übrigen nachvollziehbar. Auch als Prozesspartei bleibe die Staatsanwaltschaft der Objektivität verpflichtet. Sie dürfe somit keine Verurteilung um jeden Preis anstreben. Vielmehr habe sie für eine gerechte Anwendung des Strafgesetzes einzutreten. Auch als Partei dürfe die Staatsanwaltschaft daher nicht bewusst wesentliche Punkte weglassen oder wissentlich unwahre Tatsachen vorbringen (BGE 1B\_139/2018 vom 26.11.2018 E. 4.3).

d) Der Staatsanwaltschaft kommt nach der Konzeption der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) eine zweigeteilte Funktion zu: Einerseits führt sie das Vorverfahren und erhebt Anklage. Hat sie Anklage erhoben, so nimmt sie andererseits im damit eingeleiteten Hauptverfahren die Stellung einer Partei ein (Niklaus Schmid, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 104 N. 5). Im Strafbefehlsverfahren nimmt die Staatsanwaltschaft richterähnliche Funktionen wahr (vergleiche E. 2b hievore), muss nach erfolgter Einsprache aber wieder in die Rolle der Untersuchungsbehörde wechseln (vergleiche Art. 355 StPO). Ähnliches gilt für Anklagerückweisungen gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO. Hier findet ein Rollenwechsel von der Partei im gerichtlichen Hauptverfahren zurück in die Untersuchungsfunktion statt (Niklaus Schmid, StPO Praxiskommentar, a.a.O., Art. 104 N. 6; vergleiche auch Franz Riklin, StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 329 N. 9; Viktor Lieber, in Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 104 N. 10). Solche Rollenwechsel gehen letztlich zurück auf das Staatsanwaltschaftsmodell II, auf welchem die StPO basiert und wonach die Staatsanwaltschaft die Leiterin des eingliedrigen Vorverfahrens ist, also dem polizeilichen Ermittlungsverfahren vorsteht, die Untersuchung führt, die Anklage erhebt und diese vor den Gerichten vertritt. Damit soll die Effizienz in der Strafverfolgung gesteigert werden (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21.12.2005, BBl 2006 1085, 1105). Eine stringente und strikte Trennung zwischen der objektiven Untersuchungsführung verpflichteter Untersuchungsbehörde auf der einen Seite und „parteiischer“ Staatsanwaltschaft auf der anderen Seite im Sinne des Untersuchungsrichtermodells I besteht gerade nicht (Botschaft a.a.O., 1104). Rollenwechsel, wie die oben beschriebenen, sind insofern systemimmanent und zu einem gewissen Grade hinzunehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft selbst als Partei im Hauptverfahren nicht uneingeschränkt parteiisch sein kann. Sie hat zwar die Anklage zu vertreten und darf den Parteistandpunkt konsequent wahren, muss dies jedoch in objektiv vertretbarer Weise tun (Andreas J. Keller, in

Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], a.a.O., Art. 16 N. 10). Sie bleibt somit nach wie vor der Objektivität verpflichtet und muss den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO) wahren. Sie darf nicht bewusst wesentliche Punkte weglassen oder wissentlich unwahre Tatsachen vorbringen (E. 2c hievor). Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Steigerung der Effizienz würde ferner nicht verwirklicht, wenn bei Beweisergänzungen nach Anklageerhebung stets auch eine Befangenheit des fallführenden Staatsanwalts angenommen werden müsste. Das Obergericht teilt aus diesen Gründen die Auffassung des Bundesgerichts und der Lehre, dass der Staatsanwalt bei Beweiserhebungen nach Anklageerhebung allein durch diesen Umstand nicht als befangen gelten kann (vergleiche E. 2c hievor).

3. Der Gesuchsteller begründet den Ausstand des Gesuchsgegners einerseits damit, dass dieser die Anklage vor dem erstinstanzlichen Gericht vertrete und damit die vom Gericht angeordneten Beweisergänzungen gemäss Dispositiv-Ziff. 4.1 und 4.2 des Beschlusses vom 18. Juni 2020 nicht unbefangen durchführen könne. Nach dem Ausgeführten vermag allein der Umstand der Anklagevertretung den Ausstand des Gesuchstellers jedoch nicht zu begründen. Diese Rügen des Gesuchstellers gehen insofern fehl. Andererseits begründet der Gesuchsteller den Ausstand des Gesuchsgegners mit Verfahrensfehlern, die zwar nicht er selber, sondern sein Vorgänger zu verantworten habe, die aber der Gesuchsgegner sich zu eigen gemacht habe, indem er die Verfahrensfehler nicht geheilt und diese anlässlich der Hauptverhandlung vehement und mit teils unsachlichen Ausführungen verteidigt habe. Wie es sich damit verhält, ist nachfolgend zu prüfen.

4. a) Fehlerhafte Verfügungen und Verfahrenshandlungen des Staatsanwalts begründen für sich keinen Anschein der Voreingenommenheit. Anders verhält es sich, wenn besonders krasse oder wiederholte Irrtümer vorliegen, die eine schwere Verletzung der Amtspflichten darstellen. Sodann kann eine unangebrachte Äusserung des Staatsanwalts den Anschein der Befangenheit erwecken, wenn sie eine schwere Verfehlung darstellt (BGE 141 IV 180 E. 3.2.3).

b) Bezüglich Äusserungen des Staatsanwalts ist zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft vor Gericht Partei ist und der Ausstand grundsätzlich nicht mit der Haltung des Staatsanwalts und dessen Äusserungen in den Verhandlungen begründet werden kann (vergleiche E. 2b in fine hievor). Eine Ausnahme hiervon kann gegeben sein, wenn die Staatsanwaltschaft – wie vorliegend – aufgrund einer Rückweisung des Gerichts in die Untersuchungsfunktion wechselt. Es ist diesfalls zu prüfen, ob Äusserungen, die in der Eigenschaft als Partei gemacht wurden, geeignet sind, die ergänzende Untersuchung als nicht mehr offen erscheinen zu lassen. Hierbei ist indessen zu berücksichtigen, dass nicht unbesehen von einer pointierten Aussage vor Gericht auf eine Befangenheit im weiteren Verfahren geschlossen werden darf. Die Staatsanwaltschaft darf im gerichtlichen Verfahren den Parteistandpunkt konsequent wahren. Dies beinhaltet auch, dass sie ihren Standpunkt bisweilen pointiert vorträgt. Solange die Ausführungen der Staatsanwaltschaft insgesamt sachbezogen erscheinen und sie nicht unnötig herabsetzend, entgleisend oder präjudizierend sind, sind sie nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken.

5. a) Im hängigen Hauptverfahren verpflichtete das erstinstanzliche Gericht die Staatsanwaltschaft zur Vornahme von insgesamt 14 Einvernahmen von Auskunftspersonen und zur Vornahme von allfälligen weiteren notwendig gewordenen beziehungsweise sich aufdrängenden Beweis- beziehungsweise Untersuchungsergänzungen. Zu diesen Beweisergänzungen ist zu sagen, dass das erstinstanzliche Gericht in seiner vorläufigen Begründung (siehe separates Schreiben Landgericht Uri [Strafrechtliche Abteilung] vom 10.07.2020) ausführte, dass es fünf der bereits durchgeführten Einvernahmen nicht als unverwertbar erachte. Die betreffenden Aussagen seien im polizeilichen Ermittlungsverfahren erhoben worden, in welchem kein Anspruch auf Teilnahme bestehe. Dass der Gesuchsteller nicht teilgenommen habe, schade daher nicht. Allerdings habe es der vormalige Verteidiger des Gesuchstellers unterlassen, die nachträgliche Konfrontation

mit den Auskunftspersonen zu verlangen. Indem die Einvernahmen zu wiederholen seien, könne nachträglich eine Konfrontation stattfinden und die bisher mangelnde Konfrontation insofern geheilt werden. Die neun weiteren Einvernahmen seien delegierte Einvernahmen nach Eröffnung der Untersuchung gewesen. Hier habe der damalige Verteidiger – pflichtwidrig – auf eine Teilnahme verzichtet. Da auch hier keine Konfrontation stattgefunden habe, seien die betreffenden Einvernahmen zu wiederholen. Das erstinstanzliche Gericht erachtet die Einvernahmen somit grundsätzlich als verwertbar, wobei es aber die unterlassene Konfrontation bemängelt und diese in erster Linie auf Versäumnisse der vormaligen Verteidigung zurückführt. Inwiefern die betreffenden Beweismittel tatsächlich verwertbar sind, kann nicht Gegenstand des vorliegenden Ausstandsverfahrens sein. Diese Beurteilung ist der sachrichterlichen Prüfung vorbehalten. Insofern ist hier auch nicht, wie das allenfalls in einem Rechtsmittelverfahren der Fall wäre, die landgerichtliche Begründung zur Beweisergänzung zu prüfen. Vielmehr ist der Beurteilung, ob besonders krasse Verfahrensfehler vorliegen, die landgerichtliche Begründung zugrunde zu legen. Dieser kann entnommen werden, dass nicht alle Einvernahmen gestützt auf Verfahrensfehler der Staatsanwaltschaft als schlichtweg unverwertbar erachtet werden. Gestützt auf die Ausführungen des Landgerichts ist daher davon auszugehen, dass der Staatsanwaltschaft in diesem Zusammenhang keine besonders krassen Verfahrensfehler vorzuwerfen sind, obwohl die landgerichtliche Anordnung die Wiederholung einer nicht unerheblichen Anzahl von Einvernahmen betrifft.

b) Das Landgericht wertete ferner die erste Einvernahme des Gesuchstellers als beschuldigte Person vom 23. August 2017 als unverwertbar, weil die Einvernahme trotz erkennbar notwendiger Verteidigung ohne Verteidigung durchgeführt worden sei. Die Durchführung einer Einvernahme der beschuldigten Person ohne Verteidigung in einem Fall notwendiger Verteidigung ist ein Mangel, der nicht leicht wiegt. Indessen kann im Umstand allein, dass eine Einvernahme an einem nicht leichten Mangel leidet und als unverwertbar bezeichnet wird noch kein Ausstandsgrund gesehen werden. Ein besonders krasser Verstoss, der das Ausmass einer wesentlichen Amtspflichtsverletzung erreicht, ist im konkreten Fall jedenfalls nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht näher substantiiert.

c) In der Gesamtbetrachtung kann zwar nicht gesagt werden, die Strafuntersuchung habe keine Verfahrensfehler aufgewiesen. Besonders krasse oder wiederholte Fehler, die einen Ausstand des Gesuchsgegners als fallführenden Staatsanwalt begründen würden, sind aber ebenso wenig auszumachen. Damit kann offenbleiben, inwiefern der Gesuchsgegner sich dadurch befangen gemacht haben könnte, indem er die Strafsache von seinem Vorgänger übernommen und sich dessen Fehler zu eigen gemacht hat. Inwiefern schliesslich die erhobenen Beweismittel aufgrund von Verfahrensfehlern verwertbar oder unverwertbar sind, wird das Sachgericht abschliessend zu prüfen haben und ist nicht Gegenstand des vorliegenden Ausstandsverfahrens.

6. a) Zu prüfen ist noch, ob der Gesuchsgegner anlässlich der Hauptverhandlung vor dem erstinstanzlichen Gericht Äusserungen getätigt hat, die ihn für das Beweisergänzungsverfahren disqualifizieren. Der Gesuchsteller stört sich namentlich daran, dass der Gesuchsgegner ihm vorgeworfen habe, er würde „tatsachenwidrige“ und „absurde“ Behauptungen aufstellen.

b) Die Rüge überzeugt nicht. Den Plädoyernotizen des Gesuchsgegners kann entnommen werden, dass seine Ausführungen in der Hauptverhandlung nicht als sachfremd, unnötig herabsetzend, präjudizierend oder gar entgleisend bezeichnet werden können. Die Ausführungen sind in der Gesamtheit ausreichend sachbezogen. Dass bisweilen markige Ausdrücke verwendet werden, ist nicht ungewöhnlich und die konkret verwendeten Ausdrücke verlassen – eingebettet in den jeweiligen Kontext – nicht den Rahmen des Üblichen (beispielsweise „an den Haaren herbeigezogen“ [Plädoyernotizen, S. 5], „Keule ausgepackt“ [Plädoyernotizen, S. 1]). Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die

Äusserungen im Rahmen der Hauptverhandlung vor Gericht und somit in einem Verfahrensstadium gemacht wurden, in welchem der Gesuchsgegner nicht zu Unparteilichkeit verpflichtet ist, kann insgesamt in den gemachten Äusserungen kein Ausstandsgrund erblickt werden.

7. Insgesamt vermag der Gesuchsteller nicht glaubhaft aufzuzeigen, dass das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen würde, wenn der Gesuchsgegner die Beweisergänzungen gemäss Dispositiv-Ziff. 4.1 und 4.2 des landgerichtlichen Beschlusses vom 18. Juni 2020 durchführen würde. Ein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 56 lit. f StPO liegt nicht vor. Sonstige Ausstandsgründe sind weder geltend gemacht noch ersichtlich. Damit erweist sich das Ausstandsgesuch als unbegründet und ist als Folge davon abzuweisen.