

**Art. 59 Abs. 1 lit. b StPO. Ausstandsgesuch gegen eine Staatsanwältin.
Zuständigkeit.**

Wird im Verfahren vor dem Sachgericht betreffend eine Staatsanwältin ein sich im Untersuchungsverfahren verwirklichter Ausstandsgrund geltend gemacht, obliegt die Beurteilung des Ausstandsgesuchs dem Sachgericht und nicht der Beschwerdeinstanz.

Sachverhalt:

Im Rahmen eines Verfahrens betreffend Einsprache gegen einen Strafbefehl sistierte das Einzelgericht das Verfahren, wies die Akten zwecks Präzisierung des Strafbefehls im Sinne der Erwägungen an die Staatsanwaltschaft unter Rückübertragung der Rechtshängigkeit zurück und schrieb das gerichtliche Verfahren als erledigt am Register ab. Nach ergänzter Untersuchung erhob die zuständige Staatsanwältin Anklage gegen den Beschuldigten wegen Nötigung. Anlässlich der Hauptverhandlung stellte der Verteidiger des Beschuldigten den Antrag, es sei festzustellen, dass die Staatsanwältin wegen unzulässiger vorzeitiger Festlegung bzw. unzulässiger Prozessinstruktion als befangen erscheine, weswegen die nach der Rückweisung der Sache erfolgten Ermittlungs- und Amtshandlungen in Anwendung von Art. 60 StPO zu wiederholen seien. Zur Begründung des Ausstandsgesuchs wurde vorgebracht, die Staatsanwältin habe nach der Rückweisung der Sache dem Privatkläger ein "Instruktions-E-Mail" gesandt, woraus deutlich werde, dass sie nicht mehr mit der gebotenen Unabhängigkeit zu Werke gegangen sei. Sie habe zudem gegenüber dem Privatkläger zum Ausdruck gebracht, die Chancen einer Verurteilung des Beschuldigten seien auch bei einer erneuten Anklage sehr klein, während sie gegenüber der Verteidigung suggeriert habe, an der Täterschaft des Beschuldigten bestünde kein Zweifel. Dieses Verhalten der Staatsanwältin sei widersprüchlich und willkürlich gewesen, weshalb von einer unzulässigen Vorbefassung auszugehen sei. In der Folge überwies das Einzelgericht das Ausstandsbegehren zusammen mit den Verfahrensakten der III. Strafkammer des Obergerichts mit der Bemerkung, bei den geltend gemachten Ausstandsgründen handle es sich um solche nach der Generalklausel von Art. 56 lit. f StPO, weshalb

gemäss Art. 59 Abs. 1 StPO die Beschwerdekammer des Obergerichts über das Ausstandsgesuch zu entscheiden habe.

Aus den Erwägungen:

"2.2 Wird ein Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. a oder f StPO geltend gemacht oder widersetzt sich eine in einer Strafbehörde tätige Person einem Ausstandsgesuch einer Partei, das sich auf Art. 56 lit. b-e StPO abstützt, so entscheidet ohne weiteres Beweisverfahren und endgültig die Beschwerdeinstanz, wenn die Staatsanwaltschaft, die Übertretungsstrafbehörden oder die erstinstanzlichen Gerichte betroffen sind (Art. 59 Abs. 1 Ingress und Abs. 1 lit. b StPO).

[.....]

2.3 Bei richtiger Betrachtungsweise kann die Beschwerdeinstanz für die Behandlung von Ausstandsgesuchen gegen die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstrafbehörden nur dann zuständig sein, wenn das Verfahren noch vor der Behörde, die als Ganzes oder teilweise vom Ausstand betroffen ist, anhängig ist. Sinn und Zweck der Zuständigkeitsregel von Art. 59 Abs. 1 StPO ist, dass eine andere als die vom Ausstand betroffene Behörde über das Ausstandsgesuch entscheidet. Ist die Sache beim erstinstanzlichen Gericht - in aller Regel, weil Anklage erhoben wurde - oder bereits bei der Berufungsinstanz anhängig, hat nicht die Beschwerdeinstanz über die gegen die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörde geltend gemachten Ausstandsgründe zu entscheiden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich - wie im vorliegenden Fall - die Verwirklichung des behaupteten Ausstandsgrundes auf das Stadium des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens oder des Übertretungsstrafverfahrens (und nicht erst des gerichtlichen Verfahrens) bezieht. Diesbezüglich stehen keine Amtshandlungen der betreffenden Amtsperson mehr an, bei welchen sie in den Ausstand treten könnte bzw. müsste. Offen ist nur noch die Zulässigkeit bzw. Verwertbarkeit von bereits erfolgten Erhebungen im Untersuchungsverfahren.

Das erstinstanzliche Gericht hat - wie auch die Berufungsinstanz - über die Anklagevorwürfe zu entscheiden, wobei es auch die im Vorverfahren erhobenen Beweise berücksichtigt (Art. 350 StPO). Das Gericht ergänzt unvollständig erhobene Beweise und erhebt im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals (Art. 343 StPO). Wird im gerichtlichen Verfahren in Bezug auf Staatsanwaltschaft oder Übertretungsstrafbehörde zu Recht ein sich vor Anklageerhebung verwirklichter Ausstandsgrund geltend gemacht, liegt hinsichtlich der nach der Verwirklichung des Ausstandsgrundes vom Betroffenen vorgenommenen prozessrechtlichen Handlungen in aller Regel ein Verfahrensfehler vor. Das Gericht muss daher von Amtes wegen prüfen, ob jene Handlungen dennoch zu berücksichtigen sind oder ob sie - soweit noch möglich - zu wiederholen sind (vgl. auch Art. 60 StPO). Mit anderen Worten stellt sich die Frage der Verwertbarkeit jener Handlungen (vgl. auch Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 60 N 5, sowie Boog, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 60 N 4). Muss das Sachgericht gestützt auf ein gestelltes "Ausstandsgesuch" im genannten Sinne ohnehin über dessen Berechtigung und allfällige Folgen entscheiden, kann es nicht Sinn und Zweck der StPO sein, dass über den Ausstand gleichzeitig auch noch die Beschwerdeinstanz entscheidet, zumal diese gegebenenfalls nur das Ausstandsgesuch gutheissen würde, ohne sich über die daraus resultierenden prozessualen Folgen zu äussern (vgl. auch Art. 60 Abs. 1 StPO). Die hiesige Kammer ist im Beschluss vom 26. November 2015 (UA150023) denn auch auf einen gegen eine Staatsanwältin gestellten "Befangenheitsantrag", der mit dem Verhalten der Staatsanwältin im Untersuchungsverfahren begründet wurde, mit der Begründung nicht eingetreten, wenn das Berufungsverfahren anhängig sei, bleibe kein Raum für ein separates Ausstandsverfahren vor der Beschwerdeinstanz (Erw. II/4). Es sei Sache des Berufungsgerichts, die formellen und materiellen Einwände gegen die Untersuchungsführung und das daraus resultierende Beweisergebnis zu beurteilen (Erw. II/7). Diese Grundsätze gelten nach dem Gesagten auch für das erstinstanzliche Gericht, wenn bei ihm die Sache anhängig ist. Wird der

erstinstanzliche oder der zweitinstanzliche Entscheid vor Entdeckung des Ausstandsgrundes rechtskräftig, gelten die Bestimmungen über die Revision (Art. 60 Abs. 3 StPO).

2.4 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auf das Ausstandsbegehren mangels Zuständigkeit gesamthaft nicht einzutreten ist. Über die formellen und materiellen Einwände des Gesuchstellers hat die Vorinstanz zu entscheiden."

Obergericht

III. Strafkammer

Beschluss vom 28. Oktober 2016, UA160021

(Mitgeteilt von Dr. Titus Graf)