

BS_APPELLATIONSGERICHT HB.2017.31 vom 14. Dezember 2012

BS Appellationsgericht, 2012-12-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_HB.2017.31

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT HB.2017.31 du 14 décembre 2012

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT HB.2017.31 del 14 dicembre 2012

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Anordnung der Untersuchungshaft ist als Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts mit Beschwerde anfechtbar (Art. 393 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 222 der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO, SR 312.0]). Zuständiges Beschwerdegericht ist das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]). Auf die nach Art. 396 StPO frist- und formgerecht eingereichte Haftbeschwerde ist somit einzutreten. Die Kognition des Beschwerdegerichts ist nach Art. 393 Abs. 2 StPO frei.

1.2 Hinsichtlich des Ausstandsbegehrens geht der Beschwerdeführer davon aus, nach Stellung des Gesuchs an die (vorliegend mit der vom Begehren betroffenen Person identische) Verfahrensleitung habe diese über das entsprechende Gesuch zu entscheiden; dieser Entscheid sei mit Beschwerde anfechtbar (Beschwerdebegründung S. 3, 7 f.). Indessen entspricht ein solches ■zweistufiges Ausstandsverfahren■ nicht den gesetzlichen Vorgaben, wonach der Entscheid über ein Ausstandsgesuch, nachdem dieses gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO bei der Verfahrensleitung gestellt worden ist, unmittelbar der in Art. 59 Abs. 1 StPO bezeichneten Behörde obliegt. Wie gesehen hat es denn auch die Verfahrensleitung des Zwangsmassnahmengerichts ausdrücklich abgelehnt über das Ausstandsbegehren zu befinden; etwas anderes ergibt sich entgegen dem Beschwerdeführer auch nicht aus der Fortsetzung der Verhandlung, entspricht dies doch dem in Art. 59 Abs. 3 StPO statuierten Vorgehen, wonach die betroffene Person ihr Amt bis zum Entscheid weiter ausübt. Entsprechend ist die gegen einen (gerade noch nicht vorliegenden) Entscheid über das Ausstandsgesuch gerichtete Beschwerde als Ausstandsbegehren (und der Beschwerdeführer insoweit als Gesuchsteller) zu behandeln. Zum Entscheid über den Ausstand eines Mitglieds des Zwangsmassnahmengerichts ist trotz fehlender ausdrücklicher Nennung in Art. 59 Abs. 1 lit. b StPO die Beschwerdeinstanz zuständig (BGE 143 IV 69 E.

E. 1.1

S. 72 f.), in Basel somit das Appellationsgericht als Einzelgericht (§ 93 Abs. 1 Ziff. 1 GOG). Gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO hat die den Ausstand verlangende Partei ein entsprechendes Gesuch ohne Verzug zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis hat; die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Vorliegend verweist der Gesuchsteller zur Begründung seines Ausstandsgesuchs auf den Umstand, dass die Zwangsmassnahmenrichterin vorgängig im Parallelverfahren gegen den (gestützt auf den gleichen Sachverhalt) der Gehilfenschaft zur Vergewaltigung schuldig erklärten C_____ als Sachrichterin tätig war (Beschwerdebegründung S. 9 ff.). Damit sind den Ausstand begründende Tatsachen ohne weiteres glaubhaft gemacht. Bezüglich der Kenntnis des

Ausstandsgrundes, den der Gesuchsteller zu Beginn der Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht vom 28. Juli 2017 geltend machte (vgl. Prot. Zwangsmassnahmengericht S. 2 ff.), beruft sich der Gesuchsteller darauf, er habe erst anlässlich der Akteneinsicht vor Ort eine Stunde vor Beginn der Verhandlung in den bereitgestellten haftrelevanten Verfahrensakten eine Kopie des entsprechenden Sachurteils entdeckt (Beschwerdebegründung S. 6). Bei dieser Sachlage stünde die Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs ausser Zweifel. Allerdings hält der Gesuchsteller an gleicher Stelle fest, mit Fax vom 26. Juli 2017, 17:39 Uhr, habe das Zwangsmassnahmengericht dem Verteidiger ■die Vorladung samt Antrag■ zugestellt; dabei ist im Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung von Untersuchungshaft vom 26. Juli 2017 vermerkt, dass diesem als Beilage unter anderem das Dispositiv des fraglichen Strafgerichtsentscheids beigelegt war. Indessen kann offen bleiben, ob die Verteidigung demnach bereits im genannten früheren Zeitpunkt von der Mitwirkung der Zwangsmassnahmenrichterin am entsprechenden Sachentscheid hätte Kenntnis nehmen können oder ob ihr das Urteilsdispositiv nicht zugestellt worden war. Denn selbst wenn ersteres der Fall wäre, müsste aufgrund der konkreten zeitlichen Verhältnisse und unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Verteidigung gleichzeitig mit mehreren Dossiers beschäftigt sein dürfte, eine rechtzeitige Stellung des Ausstandsgesuchs noch bejaht werden. Auf das Ausstandsgesuch ist somit einzutreten. Die gemäss Art. 58 Abs. 2 StPO erforderliche Stellungnahme der vom Gesuch betroffenen Person ist durch die Ausführungen der Zwangsmassnahmenrichterin im Verhandlungsprotokoll vom 28. Juli 2017 (S. 4) und in der angefochtenen Verfügung (S. 2) bereits erfolgt.

E. 2

2.1 Bezüglich des vorab zu behandelnden Ausstandsbegehrens vertritt die Zwangsmassnahmenrichterin die Auffassung, als Haftrichterin habe sie nicht die gleichen Fragen zu beurteilen wie als Sachrichterin im Parallelverfahren gegen C____; insbesondere gehe es vor Zwangsmassnahmengericht nicht um die Frage von Schuld oder Nichtschuld. Auch verweist sie darauf, das Bundesgericht habe im Entscheid 1B_440/2016 vom 6. Juni 2017 bezüglich der Beurteilung von Mittätern durch das gleiche Gericht aber in einem separaten späteren Verfahren keine Befangenheit angenommen (angefochtene Verfügung S. 2; Verhandlungsprotokoll vom 28. Juli 2017 S. 4).

Demgegenüber argumentiert der Gesuchsteller, die einzigen ihm zur Verfügung stehenden Informationen betreffend das Parallelverfahren gegen C____ stammten aus den Kopien der Dispositive der beiden Sachurteile des Straf- und des Appellationsgerichts. Die Zwangsmassnahmenrichterin verfüge jedoch aufgrund ihrer vorgängigen Beteiligung als Sachrichterin im Entscheid des Strafgerichts über zusätzliches sachrelevantes Wissen, was an sich schon den Anschein der Befangenheit erwecke. Sodann ergebe sich aus dem von der Zwangsmassnahmenrichterin angeführten Bundesgerichtsentscheid, dass zwar die dort zu beurteilende Konstellation als solche noch nicht als unzulässige Vorbefassung gelte, dass jedoch ein Ausstandsgrund erfüllt sein könne, wenn der Erstrichter sich zur Frage der Strafbarkeit eines im Zweitverfahren separat zu beurteilenden Beschuldigten bereits präjudizierlich geäußert habe. Vorliegend sei davon auszugehen, dass die Zwangsmassnahmenrichterin in ihrer Tätigkeit als Sachrichterin nicht nur davon habe überzeugt sein müssen, dass es überhaupt zu einer strafbaren Haupthandlung gekommen sei, sondern dass diese von ■der anderen■ Person als C____ verübt worden sei. Sie erscheine bezüglich der Beurteilung eines dringenden Tatverdachts betreffend den

Gesuchsteller nicht mehr unbefangen (vgl. zum Ganzen Beschwerdebegründung S. 9 ff.; Verhandlungsprotokoll vom 28. Juli 2017 S. 2 ff.).

2.2 Gemäss Art. 30 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht beurteilt wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken, ohne dass für die Ablehnung verlangt wäre, dass der Richter tatsächlich befangen ist (BGE 141 IV 178 E. 3.2.1 S. 179; BGer 1B_440/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.3).

In Konkretisierung dieser grundrechtlichen Garantien hat gemäss Art. 56 StPO eine in einer Strafbehörde tätige Person unter anderem dann in den Ausstand zu treten, wenn sie in einer anderen Stellung in der gleichen Sache tätig war (lit. b) oder wenn sie (im Sinne einer Generalklausel) aus anderen Gründen befangen sein könnte (lit. f). Der Begriff der ■gleichen Sache■ im Sinne von Art. 56 lit. b StPO wird dabei in einem formellen Sinn verstanden und setzt entsprechend Identität der Parteien, des Verfahrens und der zur Beantwortung stehenden Fragen voraus (BGE 143 IV 69 E. 3.1 S. 73, 122 IV 235 E. 2d S. 237). Auch wenn sich demgegenüber in Rechtsprechung und Lehre teilweise ein weiteres Verständnis findet, wonach auch sachkonnexe Parallelverfahren gegen verschiedene Beschuldigte unter den Begriff der gleichen Sache zu subsumieren seien (vgl. etwa BGer 1B_440/2016 vom 6. Juni 2017 E. 5.2), wird in der Lehre zu Recht darauf hingewiesen, dass sich eine Ausweitung des Begriffs insofern nicht aufdrängt, als in Konstellationen mit engem Sachzusammenhang jedenfalls unter der Generalklausel von Art. 56 lit. f geprüft werden kann, ob sich die Beurteilung im einen Verfahren präjudizierend auf das andere Verfahren auswirkt (Keller, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 56 N 16; Boog, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 56 StPO N 19).

In diesem Sinn stellt sich für jeden Fall der Vorbefassung die Frage, ob sich das Mitglied einer Strafbehörde durch seine Mitwirkung an früheren Entscheidungen in einzelnen Punkten bereits in einem Mass festgelegt hat, das es nicht mehr als unvoreingenommen und dementsprechend das Verfahren nicht mehr als offen erscheinen lässt (BGer 1B_440/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.4; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Beurteilung, ob eine vorbefasste Gerichtsperson im konkreten Fall in den Ausstand treten muss, insbesondere zu berücksichtigen, welche Fragen sich stellen, ob diese sich ähnlich sind oder miteinander zusammenhängen und mit welcher Bestimmtheit sich der Richter bei seiner ersten Befassung zu den betreffenden Fragen ausgesprochen hat (BGer 1B_440/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.5; vgl. auch BGE 140 I 326 E. 5.1 S. 329). Dabei ist zu beachten, dass gerade auch in Konstellationen, in denen das Bundesgericht (allein mit Blick auf die fragliche Konstellation) eine Vorbefassung grundsätzlich als zulässig erachtet, ein Ausstandsgrund vorliegen kann, wenn der Erstrichter sich im konkreten Fall in einer Weise präjudizierend geäussert hat, die das spätere Verfahren in Bezug auf die entsprechende Frage nicht mehr als offen, sondern als vorbestimmt erscheinen lässt: Namentlich für die Konstellation getrennter sachkonnexer Parallelverfahren gegen verschiedene Beschuldigte hat das Bundesgericht dies ausdrücklich festgehalten (BGer 1B_440/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.7; BGE 115 Ia 34 E. 2c/cc S. 40). Ebenso hat es vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung zwar die personelle Identität von Haft- und Sachrichter im gleichen

Fall, die heute schon durch Art. 18 Abs. 2 StPO ausgeschlossen wird, grundsätzlich als zulässig erachtet (BGE 117 Ia 182 E. 3b S. 185 f.), jedoch bei entsprechenden Festlegungen des Erstrichters im konkreten Fall gleichwohl das Vorliegen eines Ausstandsgrunds bejaht (vgl. BGE 115 Ia 180 E. 3bbb S. 180 ff.).

Schliesslich hat das Bundesgericht in einer Konstellation mehrerer den gleichen Betäubungsmittelhandel und teilweise ähnliche Fragen betreffender Entscheide des gleichen Zwangsmassnahmenrichters auf ein weiteres bei der Beurteilung des Vorliegens eines Ausstandsgrundes massgebliches Element hingewiesen, indem es festgehalten hat, mangels konkreter gegenteiliger Anhaltspunkte könne erwartet werden, dass der fragliche Richter bei seinen Entscheiden die Entwicklung der Untersuchung berücksichtige (BGE 143 IV 69 E. 3.3 S. 75 f.).

2.3 Im vorliegenden Fall zeigt sich zunächst, dass bei einem überwiegend vertretenen formellen Verständnis des in Art. 56 lit. b StPO verwendeten Begriffs der gleichen Sache ein Ausstandsgrund gemäss dieser Bestimmung von vornherein mangels Identität der betroffenen Parteien ausser Betracht fällt. Auch wenn nun der Gesuchsteller sein Ausstandsgesuch formell lediglich auf Art. 56 lit. b StPO stützt, so bringt er doch wie gesehen in materieller Hinsicht Gründe vor, die auch bei Nichtvorliegen einer von lit. b erfassten Konstellation jedenfalls im Sinne der Generalklausel gemäss lit. f der genannten Bestimmung bedeutsam sein können. Mit Blick darauf, dass Art. 56 StPO wie erwähnt lediglich entsprechende verfassungsrechtliche Vorgaben konkretisiert, kann die vom Gesuchsteller vorgenommene Subsumtion diesem nicht zum Nachteil gereichen, so dass die Bedeutung der von ihm zur Begründung des verlangten Ausstands angeführten Tatsachen umfassend zu prüfen ist.

Wenn die Zwangsmassnahmenrichterin eine Befangenheit unter Hinweis darauf verneint hat, dass als Haftrichterin nicht die gleichen Fragen wie als Sachrichterin zu beurteilen seien und es insbesondere nicht um die Frage von Schuld oder Nichtschuld gehe, so stützt sie sich auf die vor Erlass der Schweizerischen Strafprozessordnung ergangene Rechtsprechung, die mit dieser Argumentation die Konstellation einer Mitwirkung beim Sachentscheid nach vorgängiger Tätigkeit als Haftrichter nicht als grundsätzlich (schon mit Blick auf die Konstellation als solche) unzulässige Vorbefassung qualifizierte (vgl. den Leitentscheid BGE 117 Ia 184 E. 3b S. 185 f.). Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass vorliegend gerade die umgekehrte Konstellation zur Beurteilung steht, in welcher die Erstbefassung als Sachrichterin erfolgte. Soweit demnach im Rahmen des einen anderen Beschuldigten betreffenden Sachentscheids auch Ausführungen erfolgten, die sich auf das Verhalten des Gesuchstellers (in tatsächlicher Hinsicht sowie bezüglich der Tatbestandsmässigkeit) beziehen, erscheint die im Haftverfahren zu beurteilende Frage des dringenden Tatverdachts als von diesen Ausführungen grundsätzlich mitumfasst. Vor allem aber ist zum andern im Sinne des in E. 2.2 Dargelegten zu betonen, dass auch eine grundsätzliche Zulässigkeit der vorliegend zu beurteilenden Konstellation als solcher nichts daran ändern würde, dass im konkreten Fall aufgrund einer im Erstentscheid erfolgten Festlegung bezüglich einer im Zweitentscheid zu behandelnden Frage das zweite Verfahren nicht mehr als offen erscheinen könnte und insoweit ein Ausstandsgrund zu bejahen wäre, was im Folgenden zu prüfen ist.

Aus dem in den Akten befindlichen Dispositiv des Urteils des Strafgerichts vom 13. Dezember 2013 ergibt sich wie erwähnt, dass dieses C_____ unter anderem der Gehilfenschaft zur Vergewaltigung schuldig erklärt hat. Gehilfenschaft setzt wie jede

Teilnahme im Sinne des Grundsatzes der limitierten Akzessorietät eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat voraus (Trechsel/Jean-Richard, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich 2013, Vor Art. 24 N 26; Forster, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 25 N 17). Wie sich den vorliegenden Akten entnehmen lässt, liegt den Tatvorwürfen in den gegen den Gesuchsteller und gegen C_____ geführten Strafverfahren der gleiche Sachverhalt zugrunde, wie er sich aus den Aussagen des mutmasslichen Opfers B_____ ergibt: Demnach soll sich dieses zusammen mit dem Gesuchsteller und C_____ in der Wohnung des letzteren aufgehalten haben, wo es im Badezimmer zur Vergewaltigung durch den Gesuchsteller gekommen sei, wobei C_____ diesen insofern unterstützt habe, als er ihm ein Kondom gereicht und die Äusserungen von B_____, er solle den Gesuchsteller nicht noch unterstützen, ignoriert habe. Sowohl aufgrund dieser Darstellung wie auch mit Blick auf die Aussagen von C_____, der sich (soweit seine Aussagen in den vorliegenden Akten dokumentiert sind) auf den Standpunkt stellte, er selbst habe mit B_____ einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gehabt und zu einer Vergewaltigung sei es nie gekommen, ist ersichtlich, dass hinsichtlich der beim Schuldspruch wegen Gehilfenschaft zur Vergewaltigung erforderlichen Haupttat von vornherein lediglich der Gesuchsteller als Haupttäter in Frage kam und eine allfällige Dritttäterschaft in keinem Zeitpunkt zur Diskussion stand. Auch musste zwangsläufig eine Zuordnung der Rollen der beiden Beteiligten vorgenommen werden, womit auch der Entscheid über die vom Gesuchsteller in seiner späteren Einvernahme vom 26. Juli 2017 (S. 7 f., 10) vorgebrachte Möglichkeit einer allfälligen Verwechslung zwischen ihm und C_____ bereits vorweggenommen wurde. Entsprechend hält denn auch der Haftbefehl vom 10. April 2017 unter Bezugnahme auf die ergangenen Sachurteile fest, C_____ sei ■wegen Gehilfenschaft zur Vergewaltigung (begangen durch den Haupttäter A_____)■ schuldig erklärt worden. Damit ergibt sich, dass im Rahmen des Sachurteils gegen C_____ eine tatbestandsmässig und rechtswidrig begangene Vergewaltigung von B_____ durch den Gesuchsteller als erstellt erachtet wurde. Mit dieser von der nachmaligen Zwangsmassnahmenrichterin als Teil des Spruchkörpers mitgetragenen Festlegung erscheint jedoch die im späteren Haftverfahren gegen den Gesuchsteller zu beurteilende Frage eines dringenden Tatverdachts bezüglich dieses Delikts nicht mehr offen, so dass grundsätzlich vom Anschein einer Befangenheit auszugehen ist.

Ein anderer Schluss könnte sich gegebenenfalls aufdrängen, falls im Sinne der in E. 2.2 referierten Rechtsprechung für die Zeit zwischen dem Sachurteil vom 13. Dezember 2013 und der angefochtenen Haftanordnung vom 28. Juli 2017 eine Entwicklung der Untersuchung zu verzeichnen wäre, bei deren Berücksichtigung durch die Zwangsmassnahmenrichterin das Verfahren auch hinsichtlich des Elements des dringenden Tatverdachts wieder als offen erscheinen würde. Dies ist indessen nicht der Fall, ist doch als einzige Veränderung der Beweislage in diesem Zeitraum die am 26. Juli 2017 erfolgte Einvernahme des Gesuchstellers zu verzeichnen, in der sich dieser (nachdem er zuvor die Aussage verweigert hatte) zwar erstmals zur Sache äussert, sich dabei aber auf die Bestreitung des ihm zur Last gelegten Verhaltens und den schon in den früheren Aussagen von C_____ enthaltenen Hinweis, dieser habe mit B_____ einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gehabt, beschränkt. Entsprechend spielt diese Einvernahme bei der Begründung, mit der in der angefochtenen Verfügung der dringende Tatverdacht bejaht wird, denn auch keine Rolle (vgl. die lediglich marginale Erwähnung auf S. 3 der angefochtenen Verfügung). Schliesslich könnte sich im umgekehrten Sinn die Frage stellen, ob die Beurteilung des dringenden Tatverdachts durch die bereits als Sachrichterin tätige

Zwangsmassnahmenrichterin insofern offen erscheint, als sich diese im Rahmen des Haftverfahrens im Verhältnis zum Sachentscheid auf eine reduzierte Beweislage abstützt, so dass argumentiert werden könnte, sie habe sich bezüglich der Frage, ob bei der im Haftverfahren massgeblichen Beweislage ein Tatverdacht zu bejahen sei, noch nicht festgelegt gehabt. Indessen ist der Umfang bzw. die Relevanz einer entsprechenden Reduktion des Beweismaterials im Haftverfahren in Ermangelung des nicht in den Akten befindlichen Sachentscheids von vornherein hypothetisch, so dass der blosser Anschein der Befangenheit durch diese Überlegung nicht gemindert wird. Auch ist aufgrund von Art und Tatumständen des fraglichen Delikts nicht davon auszugehen, dass sich der Sachentscheid über die auch vorliegend in den Akten befindlichen Beweismittel hinaus auf weitere Beweismittel stützt mit Ausnahme allfälliger zusätzlicher Aussagen der Beteiligten. Dass solche Aussagen durch B_____ grundsätzlich andere entscheidungsrelevante Aspekte enthalten, ist indessen nach (in den vorliegenden Akten dokumentierter) dreimaliger konstanter Darstellung des Tatgeschehens nicht zu erwarten. Demgegenüber ergibt sich aus einem Vorhalt in der Einvernahme des Gesuchstellers vom 26. Juli 2017 (S. 8), dass auch C_____ in einer späteren (nicht in den vorliegenden Akten befindlichen) Einvernahme den Gesuchsteller dahingehend belastete, er habe dem Gesuchsteller für die beabsichtigten sexuellen Handlungen ein Kondom übergeben. Indessen kann das Fehlen dieser Aussage in den vorliegenden Akten (die aber zugleich wie dargelegt über den entsprechenden Vorhalt doch auch im Haftverfahren grundsätzlich bekannt ist) nicht dazu führen, dass die Beurteilung des dringenden Tatverdachts bezüglich des Gesuchstellers wieder als offen erscheinen würde, ist doch aufgrund des Aussageverhaltens von C_____ nicht davon auszugehen, dass dessen Darstellung neben den Belastungen durch B_____ bei der Bejahung der Haupttat im Sachentscheid wesentliche Bedeutung zugekommen ist. Dass sich schliesslich die Begründung der Zwangsmassnahmenrichterin im angefochtenen Entscheid auf die Beweislage gemäss den Akten des Haftverfahrens beschränkt und insofern keine Verwendung von zusätzlichem Wissen (soweit überhaupt vorhanden) aufgrund der Tätigkeit als Sachrichterin erkennen lässt, beschlägt lediglich das Argument des Gesuchstellers betreffend eines Anscheins der Befangenheit aufgrund zusätzlichen sachrelevanten Wissens. Eine entsprechende argumentative Beschränkung ändert indessen nichts an der im Erstentscheid erfolgten Festlegung hinsichtlich des Ergebnisses, so dass sie für sich allein (abgesehen von den referierten Konstellationen klar abweichender Beweislagen) nicht geeignet ist, den durch die Festlegung erweckten Anschein der Befangenheit zu beseitigen. Entsprechend ist das für das Haftverfahren gestellte Ausstandsbegehren gegen Präsidentin D_____ gutzuheissen.

2.4 Entgegen dem Antrag des Gesuchstellers führt dieses Ergebnis jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids durch die über das Ausstandsgesuch befindende Instanz. Vielmehr statuiert Art. 60 Abs. 1 StPO, dass Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitgewirkt hat, aufzuheben und zu wiederholen sind, sofern dies eine Partei innert 5 Tagen verlangt, nachdem sie vom Entscheid über den Ausstand Kenntnis erhalten hat (vgl. zur blossen Anfechtbarkeit nur Boog, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 60 StPO N 3). Wie in E. 1.2 ausgeführt geht der Gesuchsteller davon aus, ein solcher Entscheid sei bereits durch die Verfahrensleitung des Zwangsmassnahmengerichts erfolgt; in Wirklichkeit wird über die geltend gemachten Ausstandsgründe jedoch erstmals mit dem vorliegenden Entscheid befunden. Entsprechend hat der Gesuchsteller innert 5 Tagen nach Zustellung des vorliegenden Entscheids beim Zwangsmassnahmengericht die Aufhebung der unter Mitwirkung von Präsidentin D_____

ergangenen Verfügung zu verlangen. Da demnach im jetzigen Zeitpunkt die angefochtene Verfügung noch Bestand hat, bei Gutheissung der Haftbeschwerde jedoch umgehend die Entlassung des Beschwerdeführers anzuordnen wäre, ist im Folgenden auch die Haftbeschwerde materiell zu behandeln. Diesem Vorgehen steht insbesondere auch nicht entgegen, dass vorliegend durch den Gesuchsteller (in Verkennung der Einstufigkeit des Ausstandsverfahrens) bereits vorgängig die Aufhebung der Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts beantragt worden ist, zumal die Aufhebung entgegen den Ausführungen des Gesuchstellers nicht automatisch zur Entlassung desselben führen würde (vgl. dazu näher E. 4). Entsprechend ist zumindest denkbar, dass im Falle einer Gutheissung der Haftbeschwerde und damit verbundener Entlassung des Beschwerdeführers weitere Schritte des Gesuchstellers im Sinne von Art. 60 Abs. 1 StPO (die durch Wegfall des Anfechtungsobjekts gegebenenfalls dem Haftbeschwerdeentscheid des Appellationsgerichts rückwirkend die Grundlage entzögen) unterbleiben würden. Bei dieser Sachlage erscheint die Beachtung des in Art. 60 Abs. 1 StPO festgelegten Vorgehens gerade nicht als blosser Formalität, deren Beachtung aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit im Haftverfahren gegebenenfalls zu unterbleiben hätte. Damit besteht kein Anlass von dem in Art. 60 Abs. 1 StPO festgelegten Ablauf abzuweichen.

E. 3

3.1 Untersuchungshaft ist nach Art. 221 Abs. 1 StPO zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und überdies Flucht-, Kollusions- oder Fortsetzungsgefahr besteht. Nach Art. 221 Abs. 2 StPO ist Haft auch bei Ausführungsgefahr zulässig. Die Haft muss zudem verhältnismässig sein. Sie ist aufzuheben, sobald Ersatzmassnahmen zum gleichen Ziel führen (Art. 197 Abs. 1 lit. c, Art. 212 Abs. 2 lit. c StPO) und darf nicht länger dauern als die zu erwartende Freiheitsstrafe (Art. 212 Abs. 3 StPO).

3.2 Das Zwangsmassnahmengericht hat den dringenden Tatverdacht insbesondere unter Hinweis auf die Aussagen von B____, das von dieser an C____ geschriebene auf die Tatbegehung durch dessen Kollegen Bezug nehmende SMS sowie den Umstand, dass das Spurenbild (sowohl bezüglich fehlender Spermaspuren des Beschwerdeführers als auch hinsichtlich fehlender Verletzungsspuren bei diesem) mit den Angaben von B____ kompatibel sei, bejaht. Bezüglich der besonderen Haftgründe ist es einerseits aufgrund des fehlenden Bezugs des Beschwerdeführers zur Schweiz sowie gestützt auf sein Verhalten nach der Haftentlassung von Fluchtgefahr ausgegangen. Zum andern hat es Kollusionsgefahr zwar bezüglich C____ verneint, bezüglich B____ jedoch bejaht.

Der Beschwerdeführer verweist demgegenüber auf die Begründung in der Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 14. Dezember 2012, in welcher eine massive Abschwächung des Tatverdachts festgestellt worden sei, sowie darauf, dass seit der Entlassung keine weiteren Untersuchungshandlungen mehr getätigt worden seien. Der Tatvorwurf stütze sich einzig auf die Aussagen von B____, ohne dass aber plausible Erklärungen dafür vorliegen würden, weshalb diese sich nach der angeblichen Vergewaltigung weiterhin freiwillig in Gegenwart der beiden Männer in der fraglichen Wohnung aufgehalten habe. Verneint wird sodann die Fluchtgefahr, wobei ausgeführt wird, es könne dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, er sei nach der Haftentlassung geflüchtet, da bekannt gewesen sei, dass er in der Schweiz weder Familienanbindung noch Erwerbstätigkeit und auch keine Wohnmöglichkeit gehabt habe. Auch könne das Verfahren auf jeden Fall weitergeführt werden und das Gericht gegebenenfalls in Abwesenheit tagen.

Die Kollusionsgefahr wird mit dem Argument bestritten, der Beschwerdeführer hätte bereits nach seiner Haftentlassung mit B____ und C____ Kontakt aufnehmen können; auch sei nicht zu erwarten, dass er B____ (wie in der angefochtenen Verfügung ausgeführt) über Facebook ausfindig machen könnte.

3.3 Für die Bejahung des dringenden Tatverdachts genügt der Nachweis konkreter Verdachtsmomente, aufgrund derer eine Verurteilung wahrscheinlich erscheint, wobei im Haftprüfungsverfahren in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen eine lediglich summarische Beweiswürdigung der Aussagen des mutmasslichen Opfers und des Beschwerdeführers vorzunehmen ist (BGE 137 IV 122 E. 3.2 und

E. 3.3

S. 126 f.).

Vorliegend ist zunächst festzuhalten, dass die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 14. Dezember 2012, mit welcher das Haftverlängerungsgesuch der Staatsanwaltschaft mangels dringenden Tatverdachts abgewiesen wurde, für das vorliegende Verfahren keine Bindungswirkung entfaltet. Entgegen der Argumentationslinie des Beschwerdeführers ist demnach nicht erforderlich, dass seit diesem Zeitpunkt neu gewonnene Erkenntnisse zu einer veränderten Einschätzung bezüglich der Frage des dringenden Tatverdachts führen würden. Vielmehr kann sich dessen Bejahung auch gestützt auf eine abweichende Bewertung der bereits damals bestehenden Beweislage ergeben.

Dabei ist bei summarischer Würdigung der Aussagen der drei Beteiligten festzuhalten, dass den Angaben von B____ aufgrund ihrer Konstanz und ihres Detailreichtums eine hohe Glaubhaftigkeit zukommt, während sich die gegenteiligen Ausführungen des Beschwerdeführers in pauschalen Bestreitungen erschöpfen. Letzteres gilt auch für die Aussagen von C____, dessen Darstellung des von ihm behaupteten einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs mit B____ (der von dieser in Abrede gestellt wird und insofern für die generelle Einschätzung ihres Aussageverhaltens von Bedeutung ist) sehr unbestimmt bleibt. Was sodann den Umstand betrifft, dass B____ gemäss eigenen Angaben nach erfolgter Vergewaltigung in der fraglichen Wohnung blieb und dort im gleichen Raum wie die beiden Beteiligten schlief, hat sie dieses Verhalten schon in ihrer ersten Einvernahme vom 12. September 2012 plausibel erklären können, indem sie darauf verwies, sie habe das Ganze herunterspielen wollen, sich nicht eingestanden was passiert war und aus Scham nicht zu jemand anderem nach Hause gehen wollen; auch sei sie sehr müde gewesen; zudem habe sie das Gefühl gehabt, von C____ gehe keine Gefahr aus, während der andere ja gehabt habe, was er wollte (S. 4 f.). Die Angaben von B____ werden auch nicht durch das Spurenbild widerlegt: So stimmt das Fehlen von Spermaspuren des Beschwerdeführers mit der Schilderung überein, dieser habe bei der Vergewaltigung ein Kondom benutzt. Dass umgekehrt Spermaspuren von C____ festgestellt werden konnten, muss nicht gegen die Darstellung von B____, wonach sie mit diesem keinen einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gehabt habe, sprechen, da dieses Spurenbild auch durch eine weitere deliktische Handlung (im Sinne einer Schändung) erklärbar wäre. Nichts ableiten lässt sich weiter aus dem Fehlen von Verletzungsspuren beim Beschwerdeführer, den B____ gemäss ihren Angaben in den Brust- oder Armbereich gebissen haben will, hält doch das rechtsmedizinische Gutachten vom 11. Oktober 2012 fest, sowohl Verletzungen, die durch Bisse geringer Intensität entstünden, wie auch Verletzungen durch Kratzen könnten im verstrichenen Zeitraum zwischen Ereignis und Untersuchung durchaus vollständig

abgeheilt sein (S. 4). Damit ergibt sich zusammenfassend, dass ein dringender Tatverdacht bezüglich der dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Vergewaltigung zu bejahen ist.

3.4 Fluchtgefahr im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO liegt vor, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich der Beschwerdeführer, wenn er in Freiheit wäre, der Strafverfolgung und dem Vollzug der Strafe durch Flucht oder Untertauchen entziehen würde. Dabei sind neben der Schwere der drohenden Sanktion die gesamten Lebensverhältnisse, namentlich familiäre und soziale Bindungen, berufliche und finanzielle Situation, Alter, Gesundheit sowie Reise- und Sprachgewandtheit, in Betracht zu ziehen (BGer 1B_281/2015 vom 15. September 2015 E. 2.2, 1B_251/2015 vom 12. August 2015 E. 3.1; Forster, in: Basler Kommentar, 2. Auflage 2014, Art. 221 StPO N 5; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013, N 1022). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Ersatzmassnahmen aufgrund ihrer geringeren Wirksamkeit bei ausgeprägter Fluchtgefahr unzureichend (BGer 1B_715/2012 vom 18. Dezember 2012 E. 3.1.2 und 3.4.2); dies gilt insbesondere auch für die Ersatzmassnahme der Sicherheitsleistung gemäss Art. 237 Abs. 2 lit. a StPO (vgl. BGer 1B_251/2015 vom 12. August 2015 E. 3.2), wobei eine solche bei mittellosen Beschuldigten als wirksame Ersatzmassnahme grundsätzlich ausser Betracht fällt (BGer 1B_251/2015 vom 12. August 2015 E. 4.5, 1B_325/2014 vom 16. Oktober 2014 E. 3.5).

Vorliegend ist Fluchtgefahr sowohl aufgrund des fehlenden Bezugs des Beschwerdeführers zur Schweiz als auch mit Blick auf dessen Verhalten nach der Haftentlassung im Dezember 2012 ohne weiteres zu bejahen. Der Beschwerdeführer stellt denn auch gar nicht in Abrede, dass er aufgrund seiner Lebenssituation die Schweiz im Falle der Entlassung zwangsläufig verlassen würde, haben doch die zur Erklärung seines Verhaltens nach der Haftentlassung angeführten Gründe unverändert Geltung. Auch dass er sich den Strafbehörden im Rahmen des weiteren Strafverfahrens vom Ausland her freiwillig zur Verfügung halten würde, erscheint angesichts seines Verhaltens nach der Haftentlassung äusserst unwahrscheinlich. Unbeachtlich ist insoweit das Vorbringen, wonach eine Verurteilung auch in Abwesenheit stattfinden könnte, wäre damit doch jedenfalls der Vollzug der Strafe nicht sichergestellt. Eine Sicherheitsleistung fällt als wirksame Ersatzmassnahme bei so ausgeprägter Fluchtgefahr und zugleich desolaten wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers (vgl. die Einvernahme zur Person vom 26. Juli 2017) ausser Betracht. Ist demnach bereits aufgrund des Vorliegens von Fluchtgefahr Untersuchungshaft anzuordnen, so erübrigt sich praxismässig die Prüfung weiterer besonderer Haftgründe.

3.5 Schliesslich erscheint eine Inhaftierung von vorläufig 6 Wochen (auch unter Berücksichtigung der im Jahre 2012 bereits erstandenen Haft sowie der Auslieferungshaft vom 8. Juni bis zum 25. Juli 2017) mit Blick auf die im Falle einer Verurteilung zu erwartende Höhe der Strafe (Mindeststrafe von einem Jahr für Vergewaltigung) als verhältnismässig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der per 11. August 2017 erfolgten Ankündigung des Abschlusses der Untersuchung mit einer baldigen Anklageerhebung gerechnet werden kann. Das Fehlen geeigneter Ersatzmassnahmen wurde bereits dargelegt (vgl. E. 3.4).

E. 4

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Haftbeschwerde abzuweisen ist. Bei diesem Ergebnis ist zum Fortgang des Haftverfahrens auszuführen was folgt: Wie in E. 2.4 dargelegt, eröffnet sich dem Gesuchsteller zufolge Gutheissung des Ausstandsgesuch gegen

die vorinstanzlich tätige Zwangsmassnahmenrichterin die Möglichkeit, beim Zwangsmassnahmengericht die Aufhebung der Verfügung vom 28. Juli 2017 zu verlangen. Gemäss Art. 60 Abs. 1 StPO hat dies die Wiederholung der aufgehobenen Amtshandlung zur Folge; eine allfällige Aufhebung führt somit entgegen dem Gesuchsteller nicht zur sofortigen Haftentlassung (vgl. AGE HB.2011.12 vom 20. Mai 2011 E. 2.5; vgl. zur Weiterdauer der Haft bei Rückweisung durch das Bundesgericht zwecks Prüfung weiterer Haftgründe BGer 1B_705/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 2.10, 2.11 und 3). Insbesondere steht einer Wiederholung entgegen der Argumentation auf S. 13 der Beschwerdebegründung auch nicht der Zeitablauf in Verbindung mit den zeitlichen Vorgaben von Art. 226 Abs. 1 StPO entgegen. Vielmehr sind letztere im Rahmen der Wiederholung des zwangsmassnahmengerichtlichen Haftverfahrens zu beachten, wobei die Frist von 48 Stunden neu zu laufen beginnt. Sodann erweist sich eine Wiederholung auch nicht aufgrund der vorstehenden materiellen Behandlung der Haftbeschwerde als obsolet, erfolgt diese doch nur mit Blick auf den im jetzigen Zeitpunkt noch gegebenen Bestand der angefochtenen Verfügung, während bei rückwirkender Aufhebung dieser Verfügung auch der Haftbeschwerdeentscheid durch Wegfall des Anfechtungsobjekts keine weitere Wirkung entfaltet. Ob sich im Übrigen im Falle der (bei entsprechendem Gesuch zwingenden) Aufhebung der Verfügung vom 28. Juli 2017 die Haft bis zur allfälligen erneuten Anordnung durch das Zwangsmassnahmengericht als rechtswidrig erweist und welche Ansprüche des Beschwerdeführers sich hieraus allenfalls ergeben würden, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Jedenfalls würde selbst das zwischenzeitliche Fehlen eines gültigen Hafttitels für sich allein keine Haftentlassung rechtfertigen, sofern die materiellen Voraussetzungen eines Freiheitsentzugs erfüllt sind (vgl. BGer 1B_6/2012 vom 27. Januar 2012 E. 3.3). Sofern demnach der Gesuchsteller innert 5 Tagen seit Zustellung des vorliegenden Entscheids beim Zwangsmassnahmengericht die Aufhebung der Verfügung vom 28. Juli 2017 verlangt, hat dieses die Verfügung aufzuheben und unverzüglich, spätestens aber innert 48 Stunden nach Eingang des Ersuchens des Gesuchstellers, über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung von Untersuchungshaft vom 26. Juli 2017 zu entscheiden. Im Falle einer Haftanordnung ist zu beachten, dass die Haft nicht rückwirkend, sondern lediglich für die Zukunft angeordnet werden darf, der Endpunkt der angeordneten Haft aber nicht später sein darf, als dies gestützt auf die von der Staatsanwaltschaft beantragte Haftdauer bei einem innert 48 Stunden nach Eingang des Antrags auf Anordnung von Untersuchungshaft vom 26. Juli 2017 erfolgten Entscheid der Fall gewesen wäre.

E. 5

Aufgrund des Verfahrensausgangs sind für das Ausstandsverfahren keine Kosten zu erheben, während der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 428 Abs. 1 StPO die Kosten des Haftbeschwerdeverfahrens zu tragen hat. Bei einer für beide Verfahren angemessenen Gebühr von CHF 1'200.─ und aufgrund des je hälftigen Aufwandes, der durch die beiden Verfahren verursacht wurde, ist dem Beschwerdeführer für das Haftbeschwerdeverfahren eine Gebühr von CHF 600.─ (einschliesslich Auslagen) zu auferlegen.

Dem amtlichen Verteidiger ist für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse ein angemessenes Honorar zuzusprechen, wobei auf die eingereichte Honorarnote abgestellt werden kann. Entsprechend der hälftigen Kostenaufgabe hat der Beschwerdeführer dem Gericht die Hälfte des der Verteidigung ausgerichteten Betrags zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.