

GR_GERICHTE SK2 2023 61 vom 1. Februar 2024

GR Gerichte, 2024-02-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK2_2023_61

FR: GR_GERICHTE SK2 2023 61 du 1 février 2024

IT: GR_GERICHTE SK2 2023 61 del 1 febbraio 2024

Regeste

Ausstand

Erwägungen

E. 4

/ 20 schränkungen (vgl. hierzu die Übersicht bei Andreas J. Keller, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 3. Aufl., Zürich 2020, N 17 ff. zu Art. 393 StPO). Namentlich ist die Beschwerde wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses dann unzulässig, wenn der Gesetzgeber – wie im Falle des Ausstandsgesuchs (Art. 58 Abs. 1 StPO) – einen besonderen Rechtsbehelf geschaffen hat; Letzterer geht der Beschwerde vor (vgl. hierzu KGer GR SK2 22 50 v. 10.2.2023 E. 4.1 m.w.H.). 1.3. Die Eingabe von A._____ vom 24. August 2023 an die Staatsanwaltschaft (act. B.8), mit welcher beantragt wurde, es sei Staatsanwalt B._____ die Verfahrensleitung zu entziehen, ist nicht explizit als Ausstandsgesuch benannt. Auch beruft sich A._____ in der Begründung nirgends ausdrücklich auf einen in Art. 56 lit. a-f StPO genannten Ausstandsgrund. Indes werden verschiedene, angebliche "Fehler" in der Verfahrensführung von Staatsanwalt B._____ aufgezählt. Daraus wird gefolgert, dass Staatsanwalt B._____ "befangen" (act. B.8, S. 4) sei. Gerade der Begriff der Befangenheit lässt sich jedoch eindeutig dem Ausstandsrecht zuweisen. Nach Treu und Glauben ist die Eingabe vom 24. August 2023 daher als Ausstandsgesuch zu qualifizieren. Bei Verfahrensfehlern, die von einer in einer Strafbehörde tätigen Person mutmasslich begangen wurden, ist der Ausstandsgrund von Art. 56 lit. f StPO zu prüfen (vgl. statt vieler Keller, a.a.O., N 40 ff. zu Art. 56 StPO m.w.H.). Richtet sich das Ausstandsgesuch gegen einen Staatsanwalt, hat in einem solchen Fall grundsätzlich die Beschwerdeinstanz über den Ausstand zu entscheiden (Art. 59 Abs. 1 lit. b StPO). Im vorliegenden Fall ist dies das angerufene Kantonsgericht; gerichtsintern liegt die Zuständigkeit bei der II. Strafkammer (vgl. Art. 22 EGzStPO [BR 350.100] i.V.m. Art. 10 Abs. 1 KGV [BR 173.100]). 1.4.1. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, werde das Ausstandsgesuch gegen eine Person, die in einem hierarchischen Verhältnis stehe (Polizei, Staatsanwalt), an deren Amtsleiter gerichtet und teile dieser aufgrund des Ausstandsgesuchs das Verfahren einer anderen Person zu, so erübrige sich ein Ausstandsverfahren. Halte der Amtsleiter hingegen an der vom Ausstandsgesuch betroffenen Person fest, so sei dieser Entscheid sogleich der für den Entscheid über den Ausstand zuständigen Instanz zu übermitteln (Keller, a.a.O., N 14 zu Art. 58 StPO). 1.4.2. In der Verfügung vom 5. September 2023, welche vom Ersten Staatsanwalt, Dr. iur. D._____, und damit dem Vorgesetzten von Staatsanwalt B._____ erlassen wurde, wird ausgeführt, der Eingabe vom 24. August 2023 könne nicht entnommen werden, ob sie als Ausstandsgesuch im Sinne von Art. 58 StPO auf-

E. 4.1

Der Gesuchsteller kritisiert zunächst, dass er von Staatsanwalt B._____ als Mittäter in das Strafverfahren betreffend Vergehen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (VV.2018.1648) involviert worden sei. Sein damaliger Rechtsvertreter habe die inkriminierten Äusserungen verfasst; er selbst habe "allenfalls Korrekturen oder Ergänzungen" gemacht (act. A.1, Rz. 5). Als juristischer Laie habe er unmöglich die juristischen Fallstricke oder eventuelle strafrechtlich relevante Anschuldigungen erkennen können. Seit fünf Jahren stehe er daher in einer unsinnigen Strafuntersuchung, die allein auf unrechtmässig erlangten Beweismitteln fusse (act. B.8, Rz. 4). Damit gesteht der Gesuchsteller zumindest ein, dass er Kenntnis vom Inhalt der fraglichen Rechtsschriften seines Rechtsvertreters hatte. Mit Blick auf die Anklageerhebung gilt für den Staatsanwalt der Grundsatz "in dubio pro duriore". Im Zweifel hat er somit anzuklagen, selbst wenn ein Freispruch nicht unwahrscheinlich sein mag (vgl. hierzu Nathan Landshut/Thomas Bosshard, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 3. Aufl., Zürich 2020, N 5 zu Art. 324 StPO). Es erscheint daher vertretbar, wenn Staatsanwalt B._____ nicht nur gegen den damaligen Rechtsvertreter des Gesuchstellers, sondern auch gegen diesen selbst Anklage erhoben hat. Die abschliessende materiell-rechtliche Würdigung des diesbezüglichen Verhaltens des Gesuchstellers kommt dem Sachgericht zu. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die vom Gesuchsteller in Zweifel gezogene Verwertbarkeit gewisser Beweismittel. Hierüber hat grundsätzlich das Sachgericht zu entscheiden (vgl. etwa BGE 143 IV 387 E. 4.4). Diesen Fragen kann und muss hier nicht vorgegriffen werden. Denn selbst bei einem Freispruch des Gesuchstellers lässt sich nicht sagen, das Vorgehen von Staatsanwalt B._____ stelle ein schwerwiegendes Fehlverhalten dar, welches Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit aufkommen lasse.

E. 4.2

Der Gesuchsteller moniert im Weiteren, dass Staatsanwalt B._____ zunächst beim Regionalgericht Plessur Anklage erhoben habe, obwohl die inkriminierten Tatbestände "offensichtlich und augenfällig" nur im Engadin hätten erfolgt sein können (act. A.1, Rz. 6 und 20; ferner auch act. B.8, Rz. 5). Keine Partei habe den Antrag gestellt, das Regionalgericht Plessur als sachlich zuständig zu erklären. Mithin habe Staatsanwalt B._____ nur von Amtes wegen versuchen können, den Fall vor ein falsches Gericht zu ziehen. Die Begründung für seinen Entscheid sei fadenscheinig gewesen (act. A.1, Rz. 20). Staatsanwalt B._____ habe hier einen "juristischen Schnitzer" gemacht (act. A.5, Rz. 7).

13 / 20 Wie der Gesuchsteller selbst ausführt (vgl. act. A.1, Rz. 6), erhob der Gesuchsgegner gegen den Nichteintretentsentscheid des Regionalgerichts Plessur, mit welchem dieses seine örtliche Zuständigkeit verneint hatte, Beschwerde an das Kantonsgericht. Mit Beschluss SK2 22 25 vom 9. Januar 2023 wies es die Beschwerde ab. Eine vom Gesuchsgegner dagegen erhobene Beschwerde wies auch das Bundesgericht mit Urteil 1B_91/2023 vom 26. Mai 2023 ab (vgl. act. B.7). Auch wenn die Anklageerhebung vor dem Regionalgericht Plessur einigermaßen ungewöhnlich war, kann Staatsanwalt B._____ in diesem Zusammenhang kein schwerwiegendes Fehlverhalten vorgeworfen werden. So bedurfte es denn auch – indem der Gesuchsgegner den Rechtsweg ausgeschöpft hatte – einer höchstrichterlichen Antwort zur Frage der örtlichen Zuständigkeit.

E. 4.3

Der Gesuchsteller bringt sodann vor, drei Monate nach dem bundesgerichtlichen Urteil habe Staatsanwalt B._____ – mit gleichem Text wie bei der ersten Anklageschrift an das Regionalgericht Plessur, aber lediglich mit neuer Adresse "Regionalgericht Maloja" – Anklage unter anderem gegen ihn erhoben. Dies habe zum vorliegenden Ausstandsbegehren gegen Staatsanwalt B._____ geführt (act. A.1, Rz. 7). Was an diesem Vorgehen ungewöhnlich sein soll, erschliesst sich der ererkennenden Kammer nicht. Nachdem rechtskräftig darüber entschieden war, dass das Regionalgericht Plessur seine Zuständigkeit zu Recht abgelehnt hatte, lag es auf der Hand, Anklage beim Regionalgericht Maloja zu erheben. Dass an der Anklageschrift keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen wurden, sondern lediglich die Adressierung eine Anpassung erfuhr, erscheint naheliegend. Jedenfalls kann darin kein (schwerwiegendes) Fehlverhalten erblickt werden. Auch dass die Anklageerhebung wiederum durch Staatsanwalt B._____ erfolgte, erstaunt nicht weiter, wurde doch bis zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht rechtskräftig über seinen Ausstand entschieden. Insbesondere ist es einem Staatsanwalt nicht untersagt, trotz eines gegen ihn gestellten Ausstandsbegehrens weitere Verfahrenshandlungen vorzunehmen (vgl. Art. 59 Abs. 3 StPO). Im Falle der Gutheissung des Ausstandsgesuchs trägt er – nur, aber immerhin – das Risiko, dass die Verfahrenshandlungen (durch einen neuen Staatsanwalt) wiederholt werden müssen (vgl. Art. 60 Abs. 1 StPO).

E. 4.4

Der Gesuchsteller erhob Strafanzeige gegen Unbekannt wegen Verdachts auf Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB). Die Anzeige steht in Zusammenhang mit dem vorliegenden Strafverfahren, auf den jedoch nicht weiter einzugehen braucht (vgl. hierzu die Ausführungen in act. A.1, Rz. 4). Die Staatsanwaltschaft eröffnete hierfür das Verfahren VV.2021.1628; als fallführender Staatsanwalt wur-

14 / 20 de abermals Staatsanwalt B._____ eingesetzt. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2022 stellte dieser das Verfahren ein. Die vom Gesuchsteller dagegen erhobene Beschwerde hiess das Kantonsgericht mit Beschluss SK2 22 54 vom 7. März 2023 gut: Es hob die Einstellung der Strafuntersuchung auf und wies die Sache zur Weiterführung des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft zurück. Der Gesuchsteller bringt in diesem Zusammenhang zu Recht vor, dass das Kantonsgericht die Strafuntersuchung "in verschiedener Hinsicht als unvollständig" beurteilt hat (vgl. act. B.11, E. 5). Daraus allein lässt sich jedoch (noch) kein schwerwiegender Verfahrensfehler ableiten. Dasselbe gilt für die angebliche Untätigkeit von Staatsanwalt B._____ nach Aufhebung der Einstellung (vgl. act. A.1, Rz. 13; ferner auch act. B.8, Rz. 8 f.). Wie dieser zu Recht geltend macht (vgl. act. A.2, Rz. 3), waren die Akten in der Folge (und sind es nach wie vor) beim Bundesgericht (Verfahren 6B_498/2023) und standen der Staatsanwaltschaft somit nicht zur Verfügung. Im Übrigen teilte der Erste Staatsanwalt mit, dass das Verfahren VV.2021.1628 intern umgeteilt werde (act. B.12, S. 2). Allfällige weitere "Verzögerungen" wären daher ohnehin nicht mehr Staatsanwalt B._____ anzulasten.

E. 4.5

Der Gesuchsteller verweist schliesslich auf ein von Prof. Dr. E._____ verfasstes Gutachten (nachfolgend: Gutachten E._____) hin, in welchem dieser zu folgendem Schluss gelangte (vgl. act. B.10, S. 18): "Zusammengefasst kommt das vorliegende Rechtsgutachten zum Schluss, dass Staatsanwalt B._____ den objektiven Tatbestand der Begünstigung

nach Art. 305 i.V.m. Art. 11 StGB erfüllt hat, als er es unterliess, ein Strafverfahren gegen Notar Nievergelt wegen Betruges einzuleiten". Die Begünstigung stelle eine schwere Amtspflichtverletzung dar. Da- mit sei Staatsanwalt B._____ nicht befähigt, unbefangen und unparteiisch die Un- tersuchung zu führen und die Anklageschrift zu verfassen (act. A.1, Rz. 19 und 21). In solchen Fällen müsse schon der Anschein der Begünstigung als Ausstandsgrund genügen. Im vorliegenden Fall könne nicht abgewartet werden, bis sich ein Vorwurf wie die Begünstigung erhärten lasse oder nicht zutreffe. Ein Staatsanwalt, dem eine Begünstigung einer Prozesspartei vorgeworfen werde, könne nicht als Untersuchungsbeamter und dann später als Ankläger vor Gericht auftreten. Mit einem solchen Ankläger könne das Verfahren nicht mehr als offen bezeichnet werden (act. A.1, Rz. 21). Staatsanwalt B._____ bringt dagegen vor, die Geschäftsleitung der Staatsanwaltschaft Graubünden habe mit rechtskräftiger Nichtanhandnahmeverfügung vom 26. August 2021 entschieden, dass kein Strafverfahren wegen Begünstigung an die Hand genommen werde (act. A.2, Ziff. 3).

E. 5

/ 20 zufassen sei. Falls sie als solche zu interpretieren sei, werde um entsprechende Mitteilung und um Darlegung gebeten, welcher Ausstandsgrund von Art. 56 StPO geltend gemacht werde. Sofern ein Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. a oder f StPO zur Diskussion stehe, obliege der Entscheid darüber der kantonalen Beschwer- deinstanz, und zwar selbst dann, wenn sich die von der Ausstandseinrede betrof- fene Person dem Gesuch nicht widersetze (act. B.1, S. 2). Der Erste Staatsanwalt lehnte es sodann ab, Staatsanwalt B._____ vom Verfahren VV.2018.1648 abzu- berufen (act. B.1, S. 3). Eine Weiterleitung an das Kantonsgericht erfolgte nicht; stattdessen wurde die Verfügung mit der in Erwägung 1.1 wiedergegebenen Rechtsmittelbelehrung versehen. 1.4.3. Dieses Vorgehen vermag nicht zu überzeugen. Wie dargelegt (vgl. oben Erwägung 1.3) ist die Eingabe von A._____ vom 24. August 2023 als Ausstands- gesuch zu betrachten. Zumindest sinngemäss wird darin der Ausstandsgrund gemäss Art. 56 lit. f StPO geltend gemacht. Es mutet zudem etwas widersprüch- lich an, A._____ einerseits um Mitteilung zu ersuchen, ob seine Eingabe als Ausstandsgesuch zu verstehen sei, andererseits gleichzeitig über seinen Antrag, Staatsanwalt B._____ vom Verfahren VV.2018.1648 abzubrufen, zu entscheiden. Da der Erste Staatsanwalt das Ausstandsgesuch zumindest implizit abgewiesen hat, indem er den Antrag auf "Abberufung" von Staatsanwalt B._____ ablehnte, wäre er gehalten gewesen, die Eingabe von A._____ vom 24. August 2023 (mit- samt seinem ablehnenden Entscheid) in Anwendung von Art. 59 Abs. 1 lit. b StPO an das Kantonsgericht als Beschwerdeinstanz weiterzuleiten. Dasselbe hätte im Übrigen auch gegolten, wenn sich der Erste Staatsanwalt mit Blick auf Art. 59 Abs. 1 lit. b StPO von vornherein nicht für zuständig gehalten hätte, um über die "Abbe- rufung" von Staatsanwalt B._____ zu entscheiden. Diese Unterlassung darf A._____ nicht zum Nachteil gereichen, was insbesondere bei der Frage, ob das Ausstandsgesuch ohne Verzug im Sinne von Art. 58 Abs. 1 StPO und damit recht- zeitig gestellt wurde, zu berücksichtigen sein wird (vgl. unten Erwägung 2). 1.5. Als Zwischenfazit ergibt sich damit Folgendes: Die Eingabe von A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) vom 24. August 2023 an die Staatsanwaltschaft (act. B.8) ist vom Kantonsgericht als Ausstandsgesuch gegen Staatsanwalt B._____ entgegenzunehmen. Die mit Eingabe vom 16. September 2023 erhobene Be- schwerde wird damit hinfällig; die darin enthaltenen Ausführungen sind jedoch als Ergänzung des Ausstandsgesuchs zu berücksichtigen. Präzisierend ist Folgendes festzuhalten: Das Ausstandsgesuch bezog sich (ursprünglich) auf alle Verfahren "im Zusammenhang mit den Strafverfahren wegen UWG

und Amtsgeheimnisverletzung" (vgl. act. B.8, Antrag Ziff. 1). Gemeint waren damit die Verfahren

E. 6

/ 20 VV.2018.1648 (UWG) und VV.2021.1628 (Amtsgeheimnisverletzung). Wie die Staatsanwaltschaft mitteilte, wird bzw. wurde das Verfahren VV.2021.1628 intern umgeteilt (vgl. act. B.12, S. 2). In Anbetracht dessen führte der Gesuchsteller in seiner "Beschwerde" (act. A.1) denn auch aus, nachdem die Geschäftsleitung einen anderen Staatsanwalt für das Verfahren VV.2021.1628 einsetzen wolle, bestehe "kein Rechtsschutzinteresse mehr für das betreffende Ausstandsgesuch bezüglich der Amtsgeheimnisverletzung z. N. von A._____" (act. A.1, Rz. 14). Das Ausstandsverfahren ist in dieser Hinsicht somit gegenstandslos geworden. Zu befinden ist vorliegend somit einzig über den angebehrten Ausstand von Staatsanwalt B.____ im Verfahren VV.2018.1648 bzw. – nachdem das Vorverfahren mittels Anklageerhebung abgeschlossen wurde – im vom Regionalgericht Maloja geführten erstinstanzlichen Hauptverfahren (Proz. Nr. 515-2023-13). 1.6.1. Mit Blick auf die (zwischenzeitlich erfolgte) Anklageerhebung wendet Staatsanwalt B.____ ein, dass ihm dadurch die Verfahrensleitung nicht mehr zukomme und er "nach Anklageerhebung und laufenden Rechtsmitteln" gar keine Verfahrenshandlungen mehr betreiben könne (act. A.2, Ziff. 2). Ähnlich argumentiert auch C.____ (nachfolgend: Gesuchsgegner): Die Verfahrensleitung liege nicht mehr bei der Staatsanwaltschaft, weshalb für ein Ausstandsbegehren von vornherein eine Berechtigung und ein Rechtsschutzinteresse entfielen (act. A.4, S. 4). 1.6.2. Gemäss dem Wortlaut des Gesetzes unterliegt den Ausstandsvorschriften "eine in einer Strafbehörde tätige Person" (Art. 56 StPO). Zu den Strafbehörden zählen einerseits die Strafverfolgungsbehörden nach Art. 12 StPO (d.h. die Polizei, die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstrafbehörden), andererseits die Gerichte nach Art. 13 StPO (d.h. das Zwangsmassnahmengericht, das erstinstanzliche Gericht, die Beschwerdeinstanz und das Berufungsgericht). Der Umschreibung des von Art. 56 StPO erfassten Personenkreises lässt sich nicht entnehmen, dass die Ausstandsvorschriften nur bei Personen mit verfahrensleitender Funktion zur Anwendung gelangen. Erfasst sind vielmehr sämtliche Funktionsträger der Strafbehörden mit Amtsgewalt ausübender, verfügender oder entscheidender Befugnis (Keller, a.a.O., N 7 zu Art. 56 StPO). Art. 56 StPO zielt damit generell auf die Vornahme amtlicher Tätigkeiten ab, was durch Art. 183 Abs. 3 StPO noch verdeutlicht wird. Dieser Bestimmung zufolge unterliegen auch amtliche Sachverständige den Ausstandsvorschriften von Art. 56 ff. StPO, was insofern richtig ist, als sie Gehilfen der Strafbehörden sind und ihnen daher ebenfalls eine amtliche Funktion zukommt. Dass der von der Staatsanwaltschaft hergestellte Konnex zwischen den Ausstandsvorschriften und der Verfahrensleitung auch von

E. 6.1

Da das Gesuch im Grundsatz abgewiesen wird (die festgestellte Gegenstandslosigkeit [vgl. oben Erwägung 1.5] fällt in diesem Zusammenhang nicht ins Gewicht), gehen die Kosten des Ausstandsverfahrens zu Lasten des Gesuchstellers (Art. 59 Abs. 4 StPO). Gemäss Art. 12 VGS (BR 350.210) erhebt das Gericht für Zwischenentscheide Gerichtsgebühren, welche sich nach dem Aufwand für die Beurteilung bemessen. Die Bestimmung gilt auch für die Beurteilung von Ausstandsgesuchen durch die Beschwerdeinstanz (vgl. etwa KGer GR SK2 23 37 v. 8.8.2023 E. 5; KGer GR SK2 22 16 v. 3.2.2023 E. 11.1; KGer GR SK2 19 47 v. 2.9.2019 E. 6). In Anbetracht der

Aufwendungen des Gerichts ist vorliegend eine Gebühr von CHF 1'500.00 zu erheben.

E. 6.2

Die obsiegende Partei hat in sinngemässer Anwendung von Art. 429 StPO i.V.m. Art. 436 StPO grundsätzlich Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für ihre Aufwendungen (KGer GR SK2 22 16 v. 3.2.2023 E. 11.2 m.w.H.). Ob eine Partei als obsiegend oder unterliegend gilt, ergibt sich aus einem Abgleich zwischen den von ihr gestellten Anträgen und dem Dispositiv der diesbezüglich ergangenen Entscheidung (KGer GR SK2 23 37 v. 8.8.2023 E. 5.1). Der Gesuchsgegner hat gegen das Ausstandsgesuch opponiert, sodass er als obsiegend anzusehen ist.

18 / 20 Der Gesuchsteller stört sich offenbar daran, dass sich der Gesuchsgegner hat vernehmen lassen. Es sei nicht erklärt, weshalb sich der Gesuchsgegner gegen das Ausstandsgesuch wehre. Es liege eine Anklageschrift vor, weshalb es dem Gesuchsgegner eigentlich gleichgültig sein könne, wer von der Staatsanwaltschaft diese Anklage vertrete. Der Gesuchsgegner sei nicht Verteidiger von Staatsanwalt B._____ und müsse dessen Argumentation auch nicht übernehmen. Das Ausstandsbegehren richte sich allein gegen den Staatsanwalt, der keine kollegiale Schützenhilfe von einer Partei brauche (act. A.5, Rz. 2). Der Gesuchsteller übersieht dabei, dass der Gesuchsgegner als Privatkläger Partei im Strafverfahren und daher auch in das vorliegende Ausstandsverfahren miteinzubeziehen ist (zur Konstituierung als Privatkläger vgl. StA act. 5.1, S. 9). Wie der Gesuchsteller selbst hat auch der Privatkläger als Gegenpartei einen Anspruch auf ein verfassungsmässiges Gericht bzw. im vorliegenden Fall auf einen verfassungsmässigen Staatsanwalt (vgl. zum Ganzen BGE 149 I 153 E. 2.5 m.w.H.). Es kann ihm daher nicht vorgeworfen werden, wenn er sich gegen ein (seiner Ansicht nach un begründetes) Ausstandsgesuch zur Wehr setzt, zumal die Gutheissung des Ausstandsgesuchs zwangsläufig mit Verzögerungen des Strafverfahrens verbunden wäre. Sofern sich die Aufwendungen der Gegenpartei als notwendig erweisen, um auf die Abweisung des Ausstandsgesuchs hinzuwirken, ist sie hierfür grundsätzlich angemessen zu entschädigen. Die Entschädigung des obsiegenden Gesuchsgegners in seiner Rolle als Privatkläger richtet sich nach Art. 433 StPO. Nach dieser Bestimmung hat die Privatklägerschaft Anspruch auf angemessene Entschädigung, wenn sie obsiegt (Art. 433 Abs. 1 lit. a StPO). Sie hat ihre Forderung bei der Rechtsmittelinstanz zu beantragen, zu beziffern und zu belegen. Kommt sie dieser Pflicht nicht nach, tritt die Rechtsmittelinstanz auf den Antrag nicht ein (Art. 433 Abs. 2 StPO). Vorliegend reichte der Rechtsvertreter des Gesuchsgegners eine Honorarnote ein (vgl. act. G.5), womit die Entschädigung beantragt, beziffert und hinreichend belegt wurde. Der Rechtsvertreter macht dabei einen Aufwand von insgesamt 21 Stunden und 5 Minuten geltend (CHF 5'060.00 / CHF 240.00). Das ist deutlich überhöht. Der Rechtsvertreter hat insgesamt zwei Stellungnahmen (13 bzw. 7 Seiten) eingereicht (act. A.4 und act. A.6), wobei diverse Wiederholungen auffallen (vgl. z.B. die Ausführungen in act. A.4, S. 4 f., S. 6, S. 10 und S. 11, bzw. in act. A.6, S. 3 f. und S. 5, zum Vorwurf der Begünstigung bzw. zum [ohnehin nicht relevanten] Gutachten E._____). In Anbetracht der sich stellenden Sach- und Rechtsfragen ist der geltend gemachte Aufwand daher auf 12 Stunden zu kürzen. Der veranschlagte (mittlere) Stundenansatz von CHF 240.00 ist nicht zu beanstanden,

E. 7

/ 20 der Sache her nicht überzeugend ist, zeigt sich namentlich am Beispiel von beisitzenden Richtern und Gerichtsschreibern: Sie müssen, obwohl ihnen keine verfahrensleitende Funktion zukommt, ablehnungsfähig sein (zu den Gerichtsschreibern s. etwa Keller, a.a.O., N 7a zu Art. 56 StPO). Bei Staatsanwälten kann dies im Grundsatz nicht anders sein: Zwar tritt die Staatsanwaltschaft im Haupt- und Rechtsmittelverfahren als Partei auf (vgl. Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO), doch obliegt ihr (nach wie vor) die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches. Ihre Tätigkeit dient daher öffentlichen Interessen und ist als amtliche anzusehen. Zudem ist die Staatsanwaltschaft ungeachtet ihrer Parteirolle (wenn auch "graduell vermindert") zur Objektivität verpflichtet (vgl. Viktor Lieber, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 3. Aufl., Zürich 2020, N 8 zu Art. 104 StPO). Trotz ihrer Parteistellung kann sie auch nach Anklageerhebung mit Beweiserhebungen beauftragt werden (vgl. Markus Boog, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023, N 10c zu Art. 56 StPO). Entsprechend wird in der einschlägigen Literatur zum Ausstandsrecht die Ansicht vertreten, für die Phase ab Anklageerhebung sei zu berücksichtigen, dass die Staatsanwaltschaft mit Anklageerhebung ihre Funktion wechselt (Keller, a.a.O., N 39 zu Art. 56 StPO; ferner auch Boog, a.a.O., N 9 und 10c zu Art. 56 StPO). Könnte nach Anklageerhebung gegen einen Staatsanwalt kein Ausstandsgesuch mehr gestellt werden, so müsste bei der Beurteilung, ob ein Ausstandsgrund vorliegt, auch nicht mehr nach der Funktion des Staatsanwaltes differenziert werden. Die genannten Autoren gehen somit (zumindest implizit) davon aus, dass auch nach Anklageerhebung gegen einen Staatsanwalt ein Ausstandsgesuch gestellt werden kann, bei der Prüfung des Ausstandsgrundes seine graduell verminderte Pflicht zur Objektivität indes zu berücksichtigen ist. Das scheint grundsätzlich sachgemäss zu sein, wobei vorliegend zu berücksichtigen ist, dass die angeblichen Fehler vor (bzw. in Gestalt der) Anklageerhebung erfolgt sein sollen. Dem vorliegenden Ausstandsgesuch geht das Rechtsschutzinteresse daher nicht bereits deshalb verlustig, weil dem ausstandsbetroffenen Staatsanwalt – nachdem er Anklage erhoben hat – die Verfahrensleitung nicht mehr zukommt. 2.1. Ausstandsgründe sind gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO ohne Verzug geltend zu machen. Der Ausstand ist in den nächsten Tagen nach Kenntnis des Ausstandsgrundes zu verlangen. Andernfalls verwirkt der Anspruch (BGer 6B_137/2023 v. 20.10.2023 E. 2 mit Verweis auf BGE 143 V 66 E. 4.3; ausnahmsweise ist das verspätete Vorbringen von Ausstandsgründen unbeachtlich, wenn der Ausstandsgrund geradezu offensichtlich gegeben ist [BGer 1B_601/2022 v. 31.1.2023 E. 3; BGE 134 I 20 E. 4.3 = Pra 2008 Nr. 73]). Nach der Praxis des Bundesgerichts sind

E. 8

/ 20 Ausstandsgründe in der Regel innert etwa einer Woche geltend zu machen; ein Zuwarten während mehrerer Wochen ist hingegen nicht zulässig (BGer 1B_149/2019 v. 3.9.2019 E. 2.3 m.w.H.). Soweit erst eine Kumulation mehrerer Vorfälle Anlass zur Besorgnis wegen Befangenheit gibt, ist bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Gesuchsteller nicht vorschnell reagieren kann und gegebenenfalls zunächst zuwarten muss, um das Risiko zu vermeiden, dass sein Gesuch als unbegründet abgewiesen wird. Es muss daher zulässig sein, in Verbindung mit neu entdeckten Umständen auch bereits früher bekannte Tatsachen geltend zu machen, wenn erst eine Gesamtwürdigung zur Bejahung eines Ausstandsgrundes führt, während die isolierte Geltendmachung der früheren Tatsachen die Stellung eines solchen Begehrens nicht hätte rechtfertigen können. Begründen mehrere Vorkommnisse erst zusammen den

Ausstandsgrund, so ist der Zeitpunkt zur Geltendmachung dann gekommen, wenn nach Auffassung des Gesuchstellers der "letzte Tropfen das Fass zum Überlaufen" gebracht hat (BGer 1B_209/2021 v. 10.8.2021 E. 5.3; BGer 1B_22/2020 v. 18.3.2020 E. 3.3; BGer 1B_357/2013 v. 24.1.2014 E. 5.3.1). 2.2. Staatsanwalt B._____ bestreitet die Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs. Er sei nach Anzeigeerstattung der verfahrensleitende Staatsanwalt im Strafverfahren unter anderem gegen den Gesuchsteller gewesen, was diesem sowie seinem Rechtsvertreter seit Anfang bekannt gewesen sei. Die angeblichen Ausstandsgründe im Ausstandsgesuch vom 24. August 2023 seien damit klar als verspätet vorgebracht zu qualifizieren (act. A.2, Ziff. 2). Der Gesuchsgegner schliesst sich dieser Auffassung an (act. A.4, S. 6). 2.3. Der Gesuchsteller wirft Staatsanwalt B._____ diverse Verfahrensfehler vor, so namentlich die erste Anklageerhebung vor dem Regionalgericht Plessur und damit vor einem offensichtlich unzuständigen Gericht (vgl. act. A.1, Rz. 6), die Verwendung der ursprünglichen Anklageschrift mit lediglich neuer Adresse "Regionalgericht Maloja" (act. A.1, Rz. 7), die Schlussfolgerung gemäss Gutachten E._____, wonach Staatsanwalt B._____ den objektiven Tatbestand der Begünstigung (Art. 305 StGB) erfüllt habe, als er es unterlassen habe, ein Strafverfahren gegen den Gesuchsgegner wegen Betruges einzuleiten (act. A.1, Rz. 10), sowie die zu Unrecht ergangene Einstellungsverfügung betreffend Amtsgeheimnisverletzung (act. A.1, Rz. 12) und die anschliessende Untätigkeit, nachdem die Einstellung mit Beschluss des Kantonsgerichts vom 7. März 2023 (SK2 22 54) aufgehoben worden sei (act. A.1, Rz. 13). 2.4. Die geltend gemachten Ausstandsgründe liegen damit nicht (einzig) in der Person von Staatsanwalt B._____, sondern in seiner Tätigkeit als verfahrenslei-

E. 9

/ 20 tender Staatsanwalt. Es ist daher nicht nachvollziehbar, was Staatsanwalt B._____ aus dem Umstand ableiten will, dass die Verfahrensleitung durch ihn seit Anfang des Strafverfahrens bekannt gewesen sei. Das zeitlich letzte Fehlverhalten von Staatsanwalt B._____ sieht der Gesuchsteller offenbar in der Anklageerhebung beim Regionalgericht Maloja, welche vom 25. August 2023 datiert. Inwiefern dieses Vorgehen ausstandsrelevant sein soll, ist zwar anhand der Ausführungen des Gesuchstellers nur schwer nachvollziehbar, doch betrifft dies – Fälle von Rechtsmissbrauch vorbehalten – nicht die Frage der Rechtzeitigkeit des Ausstandsgesuchs, sondern diejenige nach dessen Begründetheit (dazu unten Erwägung 4). Wie bereits ausgeführt, kann es dem Gesuchsteller nicht zum Nachteil gereichen, dass die Staatsanwaltschaft sein Ausstandsgesuch vom 24. August 2023 nicht an das Kantonsgericht als Beschwerdeinstanz weitergeleitet hat (vgl. oben Erwägung 1.4.3), wodurch sich der Gesuchsteller veranlasst sah, gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 5. September 2023 mittels "Beschwerde" vorzugehen. Im Übrigen bringt der Gesuchsteller vor, nachdem ihm das Gutachten von Prof. E._____ von seinem ehemaligen Rechtsvertreter zugestellt worden sei, habe er das Ausstandsgesuch gegen Staatsanwalt B._____ unverzüglich gestellt (act. A.5, Rz. 8). Das fragliche Gutachten wurde dem ehemaligen Rechtsvertreter des Gesuchstellers am 5. September 2023 zugestellt (vgl. act. B.10). Im Ausstandsgesuch vom 24. August 2024 konnte es daher noch nicht thematisiert werden; dies erfolgte erst in der "Beschwerde" vom 16. September 2023 (vgl. act. A.1, Rz. 10 und 21). Zu beachten ist jedoch, dass der Inhalt eines Privatgutachtens keine (neue) Tatsache und kein (neues) Beweismittel darstellt, sondern gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts (lediglich) als eine der freien Beweiswürdigung unterliegenden Parteibehauptung gewertet wird (dazu eingehend unten Erwägung 4.5). Ob sich unter diesen Umständen das vorliegende Ausstandsgesuch als rechtzeitig erweist, muss jedoch

nicht abschliessend beurteilt werden. Denn selbst wenn auf das Ausstandsgesuch infolge Rechtzeitigkeit eingetreten werden könnte, wäre dieses abzuweisen, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt. 3. 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.

E. 10

/ 20 3.1. Art. 56 StPO konkretisiert die Verfassungsbestimmung von Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Danach hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Richter unter Einschluss weiterer am Entscheid wesentlich beteiligter Gerichtspersonen (insbesondere Gerichtsschreibern) ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen (BGer 1B_92/2016 v. 26.5.2016 E. 2.2). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts 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 (BGE 141 IV 178 E. 3.2.1). 3.2. Die Garantie auf Unbefangenheit der nicht richterlichen mit der Strafsache befassten Personen gründet in Art. 29 Abs. 1 BV, dem Anspruch aller Personen auf gleiche und gerechte Behandlung. Der Gehalt von Art. 30 Abs. 1 BV darf dabei nicht unbesehen auf nicht richterliche Behörden bzw. 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 (BGE 141 IV 178 E. 3.2.2; KGer GR SK2 22 50 v. 10.2.2023 E. 3.1). Es gilt dabei jedoch, dem spezifischen Umfeld und dem Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft Rechnung zu tragen (vgl. Hans Maurer, Der befangene Staatsanwalt nach Art. 56 lit. f StPO, in: Cavallo et al. [Hrsg.], Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 456 m.w.H.). 3.3. Verfahrens- und Einschätzungsfehler der in der Strafbehörde tätigen Person begründen für sich noch keine Befangenheit. Aus Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK lässt sich keine Garantie fehlerfreien Handelns ableiten (Keller, a.a.O., N 40 zu Art. 56 StPO). Ein Rückschluss aus Verfahrensfehlern auf mangelnde Objektivität zulasten der einen oder anderen Partei ist an sich nicht zulässig, denn Verfahrensfehler oder Fehleinschätzungen kommen

E. 11

/ 20 auf allen Ebenen der Strafrechtspflege vor (Keller, a.a.O., N 41 zu Art. 56 StPO). Für die Annahme von Voreingenommenheit muss es sich vielmehr um besonders schwere und/oder wiederholte Fehlleistungen bzw. Irrtümer handeln, sodass sie einer schweren

Ampflichtverletzung gleichkommen (vgl. zum Ganzen BGE 138 IV 142 E. 2.3; BGer 1B_92/2016 v. 26.5.2016 E. 2.2 m.w.H.). Zudem müssen sie sich zumindest überwiegend einseitig zulasten einer der Prozessparteien auswirken (Keller, a.a.O., N 41 zu Art. 56 StPO m.w.H.; KGer GR SK2 23 37 v. 8.8.2023 E. 4.1). Andernfalls begründen sie keinen Anschein der Befangenheit. Die Beschränkung auf besonders krasse und wiederholte Irrtümer bzw. auf schwere Verletzungen der beruflichen Pflichten rechtfertigt sich deshalb, weil sonst allzu leicht die gesetzliche Zuständigkeitsordnung ohne Not umgestossen werden könnte (KGer GR SK2 23 37 v. 8.8.2023 E. 4.1; Keller, a.a.O., N 41 zu Art. 56 StPO m.w.H.). 3.4. In einem Entscheid aus dem Jahr 2011 hielt das Bundesgericht fest, wer mit der (angeblichen) Rechtswidrigkeit einer Verfügung die Befangenheit des verfahrensleitenden Staatsanwaltes dartun wolle, müsse zunächst deren Rechtswidrigkeit im Beschwerdeverfahren feststellen lassen, um damit ein Ablehnungsgesuch zu begründen. Es sei nicht angängig, eine Zwangsmassnahme nicht anzufechten oder gar das Ergebnis eines erfolglos verlaufenen Haftprüfungsverfahrens auszublenden, um im Ausstandsverfahren ihre (erstmalige oder erneute) materielle Überprüfung zu erreichen (BGer 1B_317/2011 v. 6.9.2011 E. 4.8). In späteren Entscheiden hielt das Bundesgericht (relativierend) fest, soweit konkrete Verfahrensfehler beanstandet würden, seien "in erster Linie" (BGer 1B_24/2017 v. 10.5.2017 E. 2.3) bzw. "soweit möglich" (BGer 1B_209/2021 v. 10.8.2021 E. 5.2) die entsprechenden Rechtsmittel zu ergreifen. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, davon abweichend sei direkt im Ausstandsverfahren über die Befangenheit zu befinden (und diese zu bejahen), wenn im Verfahrensfehler zugleich ein rechtsmissbräuchliches Verhalten liege, welches gegen die Pflicht des Staatsanwaltes zu neutraler, objektiver Haltung im Vorverfahren verstosse (Keller, a.a.O., N 41a zu Art. 56 StPO). Da Rechtsmissbrauch nur mit einer gewissen Zurückhaltung anzunehmen ist, dürfte sich dieses Vorgehen auf Fälle beschränken, in denen der bzw. die Verfahrensfehler offensichtlich ist bzw. sind (so in der Tendenz auch KGer GR SK2 23 35 v. 16.8.2023). Jedenfalls widerspricht es der Natur des Ausstandsverfahrens, welches der Gesetzgeber als "beschleunigtes" Verfahren ausgestaltet hat (vgl. insb. Art. 59 Abs. 1 StPO sowie Keller, a.a.O., N

E. 15

/ 20 Der Gesuchsteller hält diesen Ausführungen erneut die Feststellungen im Gutachten E._____ entgegen. Daraus ergäbe sich zumindest der Anschein der Begünstigung. Im Übrigen habe der Vorgesetzte von Staatsanwalt B._____ die Nichtanhandnahmeverfügung erlassen, was einem "internen Papier" gleichkomme (act. A.3, Ziff. 6; vgl. ferner act. A.5, Rz. 11, sowie act. B.8, Rz. 13). Die fragliche Nichtanhandnahmeverfügung wurde von keinem der Verfahrensbeiteiligten eingereicht und befindet sich – soweit ersichtlich – auch nicht bei den Akten des Verfahrens VV.2018.1648. Der Gesuchsteller stellt deren Existenz indes nicht in Frage, sondern (dis-)qualifiziert sie als "internes Papier". Das ist nicht angebracht. Eine rechtskräftige Nichtanhandnahmeverfügung kommt einem freisprechenden Urteil gleich (Art. 310 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 320 Abs. 4 StPO). Es mag zwar auf den ersten Blick erstaunen, dass die fragliche Nichtanhandnahmeverfügung offenbar vom Ersten Staatsanwalt und damit vom Vorgesetzten von Staatsanwalt B._____ erlassen wurde. Soweit bekannt, verfolgt die Staatsanwaltschaft Graubünden die Praxis, dass bei Strafanzeigen gegen eigene Staatsanwälte erst dann ausserordentliche Staatsanwälte eingesetzt werden, wenn eine Strafuntersuchung eröffnet werden soll. Mit der Nichtanhandnahme wird jedoch die Eröffnung einer Strafuntersuchung verweigert. Solche Nichtanhandnahmeverfügungen werden üblicherweise vom Ersten Staatsanwalt erlassen.

Für dieses Vorgehen gibt es zumindest gute Gründe, ist doch zu berücksichtigen, dass öffentliche Funk-tionäre – und damit auch Staatsanwälte – in besonderem Masse leichtfertigen Strafanzeigen ausgesetzt sind (vgl. hierzu Micha Nydegger, Verfahrenseinleitung und Ermächtigung – Überlegungen zu Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO, in: recht 1/2023, S.

E. 19

/ 20 womit ein Honorar nach Zeitaufwand von CHF 2'880.00 resultiert. Für Spesen werden weitere CHF 151.80 in Rechnung gestellt, was rund 5.27 % des Honorars nach Zeitaufwand entspricht. Geht man vom fakturierten Honorar nach Zeitauf- wand von CHF 5'060.00 aus, so entsprechen die Spesen von CHF 151.80 einem Prozentsatz von 3 %. Da die in Rechnung gestellten Spesen nicht näher spezifi- ziert werden, ist davon auszugehen, dass es sich beim in Rechnung gestellten Betrag um eine Spesenpauschale (in der Höhe von 3 %) handelt. Dementspre- chend sind – ausgehend vom (reduzierten) Honorar nach Zeitaufwand von CHF 2'880.00 – Spesen in Höhe von CHF 86.40 zu berücksichtigen (3 % von CHF 2'880.00). Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer in Höhe von 7.7 % ergibt sich damit eine Entschädigung von 3'194.80 (inkl. Spesen und MWSt.). Entspre- chend des Ausgangs des Verfahrens ist diese Entschädigung vom Gesuchsteller zu bezahlen (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 433 Abs. 1 StPO). 7. Gemäss Art. 92 Abs. 1 BGG ist gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwi- schenentscheide über die Zuständigkeit und über Ausstandsbegehren die Be- schwerde an das Bundesgericht zulässig.

E. 20

/ 20

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