

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SF120003-O/U/pb/rc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und Ersatzoberrichterin lic. iur. Affolter sowie der Gerichtsschreiber Dr. Bischoff

Beschluss vom 6. Februar 2013

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin

gegen

Obergericht des Kantons Zürich, Oberrichter lic. iur. B._____,

Gesuchsgegnerin

betreffend **Ausstandsbegehren**

Das Gericht erwägt:

I.

Gegenstand

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2012 (Urk. 30), eingegangen am 2. Oktober 2012 (Urk. 33), beantragte die Gesuchstellerin "gestützt auf Art. 56 lit. f i.V.m. Art. 58 StPO" den Ausstand von Oberrichter lic. iur. B._____ in dem von der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter der Geschäftsnummer ... geführten Verfahren betreffend eine Beschwerde gegen die Verfügung der Einzelrichterin in Strafsachen am Bezirksgericht Meilen vom 15. August 2012 (...).

Zur Begründung machte die Gesuchstellerin sinngemäss zusammengefasst Folgendes geltend: Da allseits anerkannt sei, dass die III. Strafkammer eine hohe Geschäftslast trage (gemeint: dass infolgedessen regelmässig eine gewisse Zeit verstreiche bis zur Erledigung eines Beschwerdeverfahrens), begründe der Umstand, dass Oberrichter B._____ "auf Drängen der Beschwerdeführer" (gemeint: die Gegenpartei im Verfahren ...) eine "beschleunigte Behandlung der Beschwerde und Fristendrängerei unter Zuhilfenahme einer krass gehörsverweigernder Fristansetzung" vorgenommen habe, "zweifellos den Anschein der Befangenheit". Namentlich habe Oberrichter B._____ mit seiner Verfügung vom 21. September 2012 eine Frist angesetzt, die während der Abholungsfrist "für das fristsetzende Einschreiben" am 28. September 2012 geendet habe, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung den Anspruch auf rechtliches Gehör verletze. Dies habe er auf "Drängen [der Beschwerdeführer] auf 'beschleunigte Erledigung zwecks Verhinderung des Verjährungseintritts'" getan, worin sich seine "fehlende Distanz und Neutralität zu den Anliegen der Beschwerdeführer" zeige. Es mache den Anschein, Oberrichter B._____ wolle "auf Biegen und Brechen" den Eintritt der Verjährung verhindern bzw. "er habe sich zum Parteigänger der Beschwerdeführer degradiert". Ausserdem würde die III. Strafkammer alles unternehmen, um die Gesuchstellerin zu schikanieren und ihre Rechte zu verkürzen, so dass der Anschein entstehe, sie werde sowieso für schuldig gehalten, "weshalb alles (auch II-

legales) unternommen werden müsse, um den Eintritt einer Verjährung zu verhindern". Dies stelle ganz klar eine die Unschuldsvermutung verletzende Vorverurteilung dar und reiche für sich alleine schon aus, um den Anschein der Befangenheit zu begründen (näher dazu Urk. 30 bzw. Urk. 41).

II.

Prozessgeschichte

Mit Verfügung des Präsidenten der III. Strafkammer vom 15. Oktober 2012 wurde das Ausstandsbegehren der Gesuchstellerin (Urk. 41) zusammen mit der in Anwendung von Art. 58 Abs. 2 StPO ordnungsgemäss verfassten Stellungnahme von Oberrichter B._____ vom 13. Oktober 2012 (Urk. 42) und den weiteren Akten des Verfahrens ... der Kanzlei der Berufungskammern am Obergericht zur weiteren Veranlassung überwiesen (Urk. 43). In der Folge wurde das Geschäft in Anwendung von Art. 59 Abs. 1 lit. c StPO der II. Strafkammer zugeteilt. Mit Verfügung von deren Präsidenten vom 23. Oktober 2012 wurde der Gegenpartei des Verfahrens ... vom Ausstandsbegehren der Gesuchstellerin und von der Stellungnahme von Oberrichter B._____ Kenntnis gegeben sowie Frist zur Vernehmlassung angesetzt (Urk. 44). Diese erfolgte mit fristgemässer Eingabe der Gegenanwältin vom 5. November 2012 (Urk. 45/2; Urk. 46). Mit Präsidialverfügung vom 8. November 2012 wurden der Gesuchstellerin schliesslich die Stellungnahme von Oberrichter B._____ und die Vernehmlassung der Gegenanwältin zugesandt, und es wurde ihr Frist angesetzt, um sich dazu zu äussern (Urk. 47; Urk. 48/2). Die Gesuchstellerin nahm diesen – ordnungsgemäss mit Gerichtsurkunde übermittelten – Entscheid indes weder selbst in Empfang, noch holte sie ihn innert Frist bei der bezeichneten Poststelle ab (Urk. 48/2), was sie jedoch nicht daran hinderte, bereits während noch laufender Abholfrist mit Schreiben vom 10. November 2012, eingegangen am 12. November 2012, zwecks Vernehmlassung dazu die Zusendung der Stellungnahme von Oberrichter B._____ zu verlangen, da diese "entgegen der Angabe in Punkt 3 der Verfügung [vom 23. Oktober 2012]" dem elektronisch zugestellten Entscheid nicht beigelegt habe (Urk. 49). Dabei verkannte die Gesuchstellerin freilich, dass der Mitteilungssatz

dieser Verfügung – bei richtiger Leseart – bewusst nur die Zustellung einer Kopie der Stellungnahme von Oberrichter B._____ an die Gegenanwältin vorsah, weil die entsprechende Zustellung an die Gesuchstellerin zusammen mit der Vernehmlassung der Gegenanwältin vorgesehen war und mit der – nicht abgeholten – Verfügung vom 8. November 2012 erfolgte (Urk. 48/2). Mit Schreiben der Gesuchstellerin vom 24. November 2012, eingegangen am 26. November 2012, ersuchte sie abermals – unter Hinweis auf einen angeblich bestehenden Anspruch auf elektronische Übermittlung einerseits und ihren unzweifelhaft bestehenden Anspruch auf rechtliches Gehör andererseits – um Zustellung der Stellungnahme von Oberrichter B._____ sowie auch der Vernehmlassung der Gegenanwältin (Urk. 50). Nachdem der Gesuchstellerin von Seiten der II. Strafkammer daraufhin mitgeteilt worden war, dass infolge eines technischen Problems eine elektronische Zustellung via Inca-Mail nicht möglich sei und ihr die entsprechenden Dokumente in Anwendung von Art. 85 StPO mit Gerichtsurkunde zugestellt würden (Urk. 51), nahm die Gesuchstellerin diese erneut weder selbst in Empfang, noch holte sie sie innert Frist bei der bezeichneten Poststelle ab (Urk. 52/1-2). Es folgten weitere Schreiben der Gesuchstellerin: zwei vom 13. Dezember 2012, je gleichentags eingegangen, zur Bekräftigung der Befangenheit von Oberrichter B._____ (Urk. 54 f.), sowie eines vom 14. Dezember 2012, gleichentags eingegangen, worin die Gesuchstellerin einerseits geltend machte, gestützt auf eigene Abklärungen und Erfahrungen sei die Mitteilung, dass technische Probleme eine elektronische Zustellung via Inca-Mail durch das Obergericht verunmöglichten, unzutreffend, sowie andererseits ihren angeblich bestehenden Anspruch auf elektronische Übermittlung von Gerichtsurkunden wiederholte und die Gründe darlegte, weshalb sie auf einer elektronischen Zustellung beharre (Urk. 55).

III.

Prozessuales

1. Hinsichtlich der Form und Zustellung von strafprozessualen Entscheidungen bzw. Mitteilungen statuiert Art. 85 StPO unter anderem folgende Regelung: Die Strafbehörden bedienen sich für ihre Mitteilungen der Schriftform, soweit die-

ses Gesetz nichts Abweichendes bestimmt (Abs. 1). Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung, insbesondere durch die Polizei (Abs. 2). Die Zustellung gilt zudem als erfolgt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Abs. 4 lit. a). Diese Regelung wird von Art. 86 StPO ergänzt, wonach mit dem Einverständnis der betroffenen Person jede Zustellung elektronisch erfolgen kann.

Die einschlägigen Bestimmungen der Strafprozessordnung besagen somit klar und deutlich, dass Entscheidungen bzw. Mitteilungen grundsätzlich durch eingeschriebene Postsendung zugestellt werden, dass mit dem Einverständnis des Adressaten die Zustellung aber (auch) elektronisch erfolgen *kann*. Ein Anspruch auf elektronische Zustellung von Gerichtsurkunden in einem Strafverfahren ergibt sich daraus nicht.

2. Hinsichtlich der elektronischen Zustellung von Gerichtsurkunden durch eine Behörde statuiert Art. 9 der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (SR 272.1) unter anderem folgende Regelung: Wer Vorladungen, Verfügungen, Entscheide und andere Mitteilungen auf elektronischem Weg zugestellt erhalten will, hat sich auf einer anerkannten Zustellplattform einzutragen (Abs. 1). Verfahrensbeteiligten, die sich auf der Zustellplattform eingetragen haben, können die Mitteilungen auf elektronischem Weg zugestellt werden, sofern sie dieser Art der Zustellung entweder für das konkrete Verfahren oder generell für sämtliche Verfahren vor einer bestimmten Behörde zugestimmt haben (Abs. 2). Eine Person, die regelmässig Partei in einem Verfahren vor einer bestimmten Behörde ist oder regelmässig Parteien vor einer bestimmten Behörde vertritt, kann dieser Behörde mitteilen, dass ihr in einem oder in allen Verfahren die Mitteilungen auf elektronischem Weg zu eröffnen sind (Abs. 3).

Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin lässt sich auch aus den zitierten Verordnungsbestimmungen kein Anspruch auf elektronische Zustellung von Gerichtsurkunden ableiten:

Im Gesamtkontext betrachtet, beschreibt Abs. 1 lediglich die Grundvoraussetzung für die Möglichkeit einer elektronischen Zustellung, nämlich die Eintragung des Empfängers auf einer anerkannten Zustellplattform, womit die Formulierung "wer [...] auf elektronischem Weg zugestellt erhalten will [...]" nur im Sinne von "wer [...] auf elektronischem Weg zugestellt erhalten *können* will [...]" verstanden werden kann.

Dies muss schon deshalb so sein, weil Abs. 2 es dann ins Ermessen der Behörde stellt, ob sie einem Verfahrensbeteiligten, der die Grundvoraussetzung von Abs. 1 erfüllt und dieser Zustellungsart zugestimmt hat, eine Mitteilung elektronisch zustellen will oder nicht. Es handelt sich hierbei um eine typische *Kann-Vorschrift*.

Daran ändert sich auch durch Abs. 3 nichts, kann die Formulierung "[...] kann dieser Behörde mitteilen, dass ihr [...] die Mitteilungen auf elektronischem Weg zu eröffnen sind" bei einer Gesamtbetrachtung doch wiederum nur so verstanden werden, dass eine Person, die regelmässig Partei in einem Verfahren vor einer bestimmten Behörde ist oder regelmässig Parteien vor einer bestimmten Behörde vertritt, im Gegensatz zu Abs. 2 nicht nur ihre Zustimmung zu einer elektronischen Zustellung geben, sondern der Behörde gegenüber kundtun kann, dass diese Zustellungsart ausdrücklich gewünscht ist. Im Übrigen würde die Gesuchstellerin aber ohnehin nicht unter Abs. 3 fallen, da mit "eine Person, die regelmässig Partei in einem Verfahren vor einer bestimmten Behörde ist [...]" unzweifelhaft institutionelle, aufgrund ihrer beruflichen oder amtlichen Funktion involvierte Verfahrensbeteiligte gemeint sind und nicht Privatpersonen, die zufälligerweise gerade in mehreren hängigen Zivil- bzw. Strafverfahren Parteistellung haben oder der Justiz aufgrund ihrer Prozessfreudigkeit ohnehin bekannt sind (in diesem Sinne die Argumentation der Gesuchstellerin; Urk. 55, S. 1).

Dass sich aus dem zitierten Art. 9 kein Anspruch auf elektronische Zustellung von Gerichtsurkunden ergibt, zeigt sich sodann im Vergleich mit Art. 12 der einschlägigen Verordnung, wo im Gegensatz zu Art. 9 bereits der Wortlaut einen klaren Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf *zusätzliche* elektronische Zustellung von Verfügungen und Entscheiden einräumt, wenn von den Behörden eine

andere Zustellungsart gewählt worden ist ("die Verfahrensbeteiligten können verlangen [...]").

Im Übrigen kann sich aber auch nur schon deshalb aus der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren kein Anspruch auf elektronische Zustellung von Gerichtsurkunden ergeben, weil sonst eine vom Bundesrat erlassene Verordnung ein Recht begründen würde, welches sich nicht aus der ein Bundesgesetz darstellenden und somit höherrangigen Strafprozessordnung ableiten liesse, ja diese sogar derogierte, was bundesrechtswidrig wäre.

3. Damit steht fest, dass die der Gesuchstellerin explizit angekündigte Zustellung der Präsidialverfügung vom 8. November 2012 unter Beilage je einer Kopie von Urk. 42 (Stellungnahme von Oberrichter B._____) und Urk. 46 (Vernehmlassung der Gegenanwältin) mit Gerichtsurkunde am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch vom 14. Dezember 2012, das heisst am 21. Dezember 2012, als erfolgt gilt (Urk. 51; Urk. 52/1-2). Entsprechend lief die der Gesuchstellerin angesetzte Frist zur Stellungnahme am 31. Dezember 2012 ungenutzt ab, womit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verwirkt ist und das vorliegende Verfahren spruchreif ist.

IV.

Materielle Beurteilung

1. Zur Begründung ihres Ausstandsbegehrens macht die Gesuchstellerin in erster Linie geltend, dass ihr konventions- und verfassungsrechtlich geschützter Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei, indem ihr Oberrichter B._____ mit seiner Verfügung vom 21. September 2012 eine Frist angesetzt habe, die während der Abholungsfrist "für das fristsetzende Einschreiben" am 28. September 2012 geendet habe (Urk. 41, S. 1 f.).

Gemäss Art. 11 der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren gilt die Zustellung im Zeitpunkt des Herunterladens von der Zustell-

plattform als erfolgt (Abs. 1). Erfolgt die Zustellung in ein elektronisches Postfach der Adressatin, das auf einer anerkannten Zustellplattform nach persönlicher Identifikation der Inhaberin des Postfachs eingerichtet wurde, so sind die Bestimmungen der StPO über die Zustellung eingeschriebener Sendungen sinngemäss anwendbar (Abs. 2).

Im Verfahren der III. Strafkammer wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 31. August 2012 eine Frist von 10 Tagen zur Stellungnahme zur Beschwerde der Gegenpartei angesetzt (... , Urk. 6). Diese Verfügung nahm die Gesuchstellerin am 12. September 2012 in Empfang (... , Urk. 9), womit die ihr angesetzte Frist am 24. September 2012 endete. Mit Eingabe vom 12. September 2012 ersuchte die Gesuchstellerin um Akteneinsicht, und zwar am 19. September 2012 (... , Urk. 12). Mit Eingabe vom 19. September 2012 äusserte sie sich zum ihrer Ansicht nach untragbaren Zustand der Beizugsakten anlässlich der gleichentags erfolgten Akteneinsicht, ohne dabei irgendeinen Antrag zu stellen (... , Urk. 13). Mit Eingabe vom 20. September 2012 machte die Gesuchstellerin unter anderem geltend, anlässlich der Akteneinsicht vom Vortag hätten Akten gefehlt, diese hätten sich noch bei der Gegenanwältin befunden und seien zurückzufordern, da die Gesuchstellerin ihre Beschwerdeantwort nur aufgrund eines vollständigen Aktenstandes erstellen könne (... , Urk. 15). Die III. Strafkammer reagierte daraufhin umgehend mit der gegenständlichen Verfügung vom 21. September 2012, worin sie auf die beiden Eingaben der Gesuchstellerin vom 19. und 20. September 2012 Bezug nahm, die Vollständigkeit der Beizugsakten feststellte, der Gesuchstellerin vom Bestand zweier zuvor fehlender und zwischenzeitlich beschaffter Aktenverzeichnisse Kenntnis gab und ihr deshalb die am 24. September 2012 endende Frist zur Stellungnahme um vier Tage bis zum 28. September 2012 erstreckte (... , Urk. 17). Diese Verfügung wurde der Gesuchstellerin noch gleichentags in elektronischer Form übermittelt (... , Urk. 18); angenommen bzw. heruntergeladen hat sie diese indes erst am 28. September 2012 (... , Urk. 29).

Bei dieser Sachlage war der Gesuchstellerin unzweifelhaft bewusst, dass ihr mit der Verfügung vom 31. August 2012 eine Frist zur Stellungnahme angesetzt worden war, welche am 24. September 2012 endete. Nun kann in ihrem Schreiben vom 20. September 2012 zwar durchaus ein impliziter Antrag auf Abnahme

oder Erstreckung dieser Frist erblickt werden. Wer ein solches Gesuch kurz vor Fristablauf stellt, kann in der Folge indes nicht die Frist verstreichen lassen unter Berufung darauf, dass sich aus Normen wie Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO oder dem vorstehend zitierten Art. 11 ja ergebe, dass mit der Annahme des umgehend und noch vor Fristablauf gefällten und übermittelten Entscheids sieben Tage zugewartet werden könne, nur um dann bei einem abschlägigen Entscheid geltend zu machen, es sei der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Gleiches muss für den vorliegenden Fall gelten, wo im entsprechenden Entscheid die Frist, deren Ende zufälligerweise mit dem Ende der von der Gesuchstellerin behaupteten, ihr angeblich zustehenden siebentägigen Abholfrist zusammenfiel, erstreckt wurde. Ein solches Verhalten ist offensichtlich treuwidrig und verdient keinen Rechtsschutz.

Insofern geht auch die Berufung der Gesuchstellerin auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Fristenrecht fehl (Urk. 41, S. 2), bezieht diese sich doch auf die Ansetzung von Fristen im Allgemeinen und kann sie somit nicht auf den konkreten Fall übertragen werden, wo es um die blosse Erstreckung einer Frist geht.

Es ist deshalb festzustellen, dass der Anspruch der Gesuchstellerin auf rechtliches Gehör durch die Verfügung der III. Strafkammer vom 21. September 2012 nicht verletzt wurde, womit auch nicht ersichtlich ist, weshalb der die Verfügung unterzeichnende Oberrichter B._____ diesbezüglich befangen sein soll.

4. Soweit die Gesuchstellerin zur weiteren Begründung ihres Ausstandsbegehrens sinngemäss geltend macht, Oberrichter B._____ habe das Verfahren nur aufgrund des Drängens der Gegenseite derart beförderlich geführt und somit für diese Partei ergriffen, um den Eintritt der Verjährung zu verhindern (Urk. 41, S. 1 f.), erweisen sich diese Vorwürfe offensichtlich als haltlos:

Gemäss dem in Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 5 StPO statuierten Beschleunigungsgebot sind sämtliche Strafbehörden gehalten, Strafverfahren unverzüglich an die Hand zu nehmen und sie ohne unbegründete Verzögerung bzw. innert angemessener Frist zum Abschluss zu bringen. Bereits insofern ist also nicht ersichtlich, wieso eine pflichtgemässe beförderliche Verfahrensführung einem Rich-

ter zum Vorwurf gereichen soll, und zwar unabhängig von der Geschäftslast des Gerichts, welchem er angehört.

Darüber hinaus liegen keinerlei Hinweise vor, welche darauf hindeuteten, dass Oberrichter B._____ bei seiner Entscheidung betreffend Abnahme oder Erstreckung der Frist von Seiten einer Partei in seinem Ermessen beeinflusst worden sein könnte.

Und schliesslich ist auch kein Motiv ersichtlich, wieso Oberrichter B._____ im vorliegenden Verfahren parteiisch sein bzw. ein Interesse an der Verhinderung des Verjährungseintritts haben sollte. Dies zeigt sich nur schon darin, dass Oberrichter B._____ im Zeitpunkt des Erlasses seiner – bloss prozessleitenden – Verfügung vom 21. September 2012 noch gar nicht ins Verfahren involviert war und diese deshalb nur "i.V." unterzeichnete, weil der damals verfahrensleitende Oberrichter C._____ abwesend war. Die Verfahrensleitung wurde Oberrichter B._____ erst am 25. September 2012 übertragen (... , Urk. 23), nachdem die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 24. September 2012 die freiwillige Respektierung des Ausstandsgrundes der Vorbefassung hinsichtlich Oberrichter C._____ verlangt hatte (... , Urk. 20).

5. Aufgrund des vorstehend Dargelegten erweist sich schliesslich auch die pauschale, unsubstantiierte Behauptung der Gesuchstellerin, die III. Strafkammer würde sie schikanieren, ihre Rechte verkürzen und insbesondere die Unschuldsvermutung verletzen (Urk. 41, S. 2 f.), als unzutreffend.

6. Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass vorliegend nicht ersichtlich ist, inwiefern Oberrichter B._____ in dem von der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter der Geschäftsnummer ... geführten Verfahren betreffend eine Beschwerde gegen die Verfügung der Einzelrichterin in Strafsachen am Bezirksgericht Meilen vom 15. August 2012 (...) befangen sein sollte, weshalb das Ausstandsbegehren der Gesuchstellerin abzuweisen ist.

V.

Kostenfolgen

Bei diesem Ausgang des Ausstandsverfahrens sind die Kosten der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Das Ausstandsbegehren der Gesuchstellerin gegen Oberrichter B._____ in dem von der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter der Geschäftsnummer ... geführten Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Ausstandsverfahrens werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien im Verfahren ... sowie an die III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.
5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 6. Februar 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

Dr. Bischoff