

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SF200016-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. B. Gut und lic. iur.  
B. Amacker sowie die Gerichtsschreiberin MLaw T. Künzle

## Beschluss vom 25. Januar 2021

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Gesuchsteller

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**Obergericht des Kantons Zürich,**  
Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,  
Gesuchsgegner

betreffend **Ausstandsbegehren**

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang**

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 19. Juni 2017 wurde der Beschuldigte des gewerbsmässigen Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, der mehrfachen, teilweise versuchten Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB, der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 und Abs. 3 StGB sowie der mehrfachen groben Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 1 SVG und Art. 12 Abs. 2 VRV (Abbremsen) schuldig gesprochen und mit 4  $\frac{3}{4}$  Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wovon 91 Tage durch Haft erstanden sind. Von den Vorwürfen betreffend Nebendossier 16 sowie im CHF 195 übersteigenden Umfang betreffend Nebendossier 36 wurde der Beschuldigte freigesprochen. Zudem wurde über die Nebenfolgen entschieden (Urk. 4/74).

2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte fristgerecht Berufung sowie die Staatsanwaltschaft innert Frist Anschlussberufung an (Urk. 4/76 und 80). Am 23. März 2020 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 23. Oktober 2020 vorgeladen (Urk. 4/111). An der Berufungsverhandlung vom 23. Oktober 2020 wurden dem Verteidiger des Beschuldigten (im vorliegenden Verfahren: des Gesuchstellers) vor Erstattung des zweiten Parteivortrags (bzw. der Berufungsergänzung und Beantwortung der Anschlussberufung) die Dokumente in Urk. 108 bis 110 des Aktenverzeichnisses zur Einsicht vorgelegt (vgl. Prot. SB170310 S. 35). Die Verteidigung sah sich zur einer sofortigen Stellungnahme nicht in der Lage und behielt sich bezüglich der Vorgehensweise zudem ein Ausstandbegehren vor (Prot. SB170310 S. 36). Dem Verteidiger wurde schliesslich bis 29. Oktober 2020 Frist angesetzt, um zu den Urkunden 108 bis 110 Stellung zu nehmen (Prot. SB170310 S. 44).

3. Mit Eingabe vom 29. Oktober 2020 nahm der Verteidiger zu den genannten Urkunden 108 bis 110 Stellung und stellte zugleich ein Ausstandsbegehren gegen den Referenten im Berufungsverfahren Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/124 = Urk. 5).

4. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2020 übermittelte die II. Strafkammer das Ausstandsbegehren des Gesuchstellers zuständigshalber an die hiesige Kammer unter Beilage der Stellungnahme von Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ (Urk. 1 und 2). Mit Präsidialverfügung vom 9. November 2020 wurde dem Gesuchsteller Frist angesetzt, zur Stellungnahme von Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ Stellung zu nehmen (Urk. 6). Innert zwei Mal erstreckter Frist (Urk. 8, 10) ging am 23. Dezember 2020 die Stellungnahme des Gesuchstellers vom 22. Dezember 2020 ein (Urk. 13).

## **II. Beurteilung des Ausstandsbegehrens**

1. Gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. c StPO entscheidet das Berufungsgericht ohne weiteres Beweisverfahren und endgültig über ein Ausstandsbegehren, wenn die Beschwerdeinstanz oder einzelne Mitglieder des Berufungsgerichts betroffen sind. Die I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich ist folglich für die Beurteilung des vorliegenden Ausstandsbegehrens gegen Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ sachlich zuständig (§ 48 GOG/ZH).

2. Der Gesuchsteller stützt sein Ausstandsbegehren – zumindest sinngemäss – auf Art. 56 lit. f StPO, wonach eine in einer Strafbehörde tätige Person in den Ausstand zu treten hat, wenn sie aus anderen als in Art. 56 lit. a-e StPO genannten Gründen als befangen erscheint. Der Gesuchsteller lässt im Wesentlichen ausführen, der Beizug eines nicht bei den Akten liegenden Schreibens von der Polizei bzw. einer Verfahrenspartei (Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl) [Urk. 110] stelle einen Akt der Beweisabnahme dar und müsse mittels Beschluss oder Verfügung angeordnet werden. Die Vorgehensweise des Referenten Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ befremde, indem er telefonischen Kontakt mit einer (ehemaligen) Polizistin sowie der in zweiter Instanz fallführenden Staatsanwältin hinter dem

Rücken des Gesuchstellers und dessen Verteidigers gehabt habe, woran auch das Erstellen einer Aktennotiz [Urk. 108] und die Aufführung im Aktenverzeichnis nichts ändere. Dem Gesuchsteller bzw. der Verteidigung hätte unaufgefordert unverzüglich eine Kopie der erstellten Aktennotiz zugestellt werden müssen. Die Akten- bzw. Beweisergänzung (Beizug eines Schreibens von der Stadtpolizei/StA) [Urk. 110] müsse den Parteien auf geeignete Art und Weise zur Kenntnis gebracht werden, was vorliegend erst ein Jahr später im Rahmen der Berufungsverhandlung, erst nach Abschluss des Beweisverfahrens, erfolgt sei. Hinzu komme, dass der Referent Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ mit der fallführenden Staatsanwältin einen prozessual nicht vorgesehenen E-Mail-Verkehr pflege (Urk. 109/1+2), wobei er der Staatsanwältin wiederum durch E-Mail (Urk. 109/2) mitgeteilt habe, dass es sich beim übermittelten Dokument wohl um die gesuchte Urkunden handle, weshalb dieses zu den Akten genommen werde. Der Gesuchsteller bzw. die Verteidigung seien nicht Teil dieses E-Mail-Verkehrs gewesen, noch sei eine Kopie dieser Urkunden [Urk. 109/1+2] zugestellt worden. Besonders schwer wiege demnach die Nichtorientierung des Gesuchstellers bzw. der Verteidigung bis nach Abschluss des Beweisverfahrens sowie die Abgabe einer (vielleicht vorläufigen) Beurteilung gegenüber der Staatsanwältin, dass es sich bei der eingereichten Urkunde um das gesuchte Dokument handeln dürfte. Letztlich führe die floskelhafte Beteuerung der Unbefangenheit von Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ [Urk. 2] dazu, dass die Antriebsfeder dieses Verhaltens die Bevorzugung der Anklagebehörde bzw. Benachteiligung des Gesuchstellers sei (zum Ganzen Urk. 5 und Urk. 13).

**3.** Die Rechtsprechung nimmt Voreingenommenheit und Befangenheit an, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. 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 144 I 234 ff. E. 5.2 S. mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichtes 6B\_309/2020 vom 23. November 2020 E. 3.2.3, 1B\_324/2018 vom 7. März 2019 E. 4.3).

4. Der Aktennotiz vom 23. August 2019 (Urk. 4/108) lässt sich entnehmen, dass sich der Gesuchsgegner Oberrichter lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ telefonisch bei Fw B. \_\_\_\_\_ (ehemals Stadtpolizei Zürich) erkundigte, welches Schreiben die Staatsanwältin ihrem eigenen Schreiben an die Unfallbeteiligten/AntragstellerInnen vom 27. Mai 2013 jeweils beigelegt habe. Fw B. \_\_\_\_\_ konnte dies nicht mehr eruieren, weshalb Oberrichter lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ bei der Staatsanwältin telefonisch nachfragte. Per E-Mail (Urk. 4/109/1+2) habe die Staatsanwältin – so der Gesuchsgegner in der Aktennotiz (Urk. 4/108) – ihm einen Ausdruck des gesuchten Schreibens vom 23. Mai 2013 (Urk. 4/110) zugesandt, wobei er diesen Schluss ziehe, weil das Schreiben thematisch (u.a. offener Adressatenkreis; Verweis auf ein beiliegendes Strafantragsformular) und zeitlich passe.

5. Entsprechend lässt sich festhalten, dass der Gesuchsgegner lediglich darum besorgt war, zu eruieren, welches Dokument die Staatsanwaltschaft ihrem Schreiben an die Unfallbeteiligten/AntragstellerInnen vom 27. Mai 2013 jeweils beigelegte. Zunächst erkundigte er sich bei der ehemals zuständigen Person bei der Stadtpolizei Zürich, Fw B. \_\_\_\_\_, und alsdann bei der Staatsanwaltschaft (Urk. 4/108). Die Staatsanwältin teilte sodann per E-Mail unter Beilage des Dokumentes "An die Geschädigten im Verfahren 2013/2308" mit, dieses Dokument gefunden zu haben und fragte zugleich nach, ob es sich dabei um das gesuchte Dokument handle (Urk. 4/109/1). Der Gesuchsgegner entgegnete der Staatsanwältin ebenfalls per E-Mail, dass es thematisch und zeitlich das gesuchte Schreiben zu sein scheint. Er werde es [Urk. 4/110] zu den Akten nehmen (Urk. 4/109/2). Das ganze hielt der Gesuchsgegner schliesslich chronologisch in einer Aktennotiz vom 23. August 2019 fest (Urk. 108) und liess die erwähnte Korrespondenz und das Schreiben an die Geschädigten im Aktenverzeichnis des Berufungsverfahrens zudem akturieren (Urk. 4/108-110).

6. Es ist festzuhalten, dass Gehörsverletzungen und andere Verfahrensfehler der in der Strafbehörde tätigen Person für sich genommen keine Befangenheit zu begründen vermögen. Aus Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK lässt sich keine Garantie fehlerfreien richterlichen Handelns ableiten. Ein Rückschluss aus Verfahrensfehlern auf mangelnde Objektivität zulasten der einen oder anderen

Partei ist an sich nicht zulässig, denn Verfahrensfehler können bedauerlicherweise auf allen Ebenen der Justiz vorkommen. Ein Ausstandsgrund liegt auch nicht darin, dass der Richter einen für die Partei ungünstigen Entscheid erlässt, in rechtlicher Hinsicht eine dieser nicht genehme Ansicht vertritt, in seinem Aufgabenbereich Verfahrens- oder Ermessensfehler begeht, ja selbst willkürliche Prozesshandlungen trifft. Es darf allein daraus nicht gefolgert werden, dass es dem entsprechenden Funktionsträger an Objektivität fehlt. Für die Annahme von Voreingenommenheit muss es sich vielmehr um schwere oder wiederholte Fehlleistungen handeln, die als schwere Verletzung der Richterplichten gelten müssen. Ein Ausstand muss auf eine besonders schwere Verletzung der beruflichen Pflichten als Mitglied der Strafbehörde beschränkt werden, weil sonst allzu leicht die gesetzliche Zuständigkeitsordnung ohne Not umgestossen werden könnte. Allfällige Gehörsverletzungen sind mit den dafür vorgesehenen Rechtsmitteln zu rügen (Urteil des Bundesgerichtes vom 23. November 2020 E. 3.2.3; KELLER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 56 N 40 f., vgl. auch BSK StPO I-BOOG, 2. Aufl., Art. 56 N 59).

7. Allein der Umstand, dass dem Gesuchsteller bzw. dessen Verteidiger die erwähnten Urkunden 108 bis 110 nicht sogleich, sondern erst mehr als ein Jahr später im Rahmen der Berufungsverhandlung und nach Abschluss des Beweisverfahrens vorgelegt wurden, begründet keine schwere oder wiederholte Fehlleistung und damit die Annahme einer Voreingenommenheit des Gesuchsgegners. Die Ausstandsbegehren erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet.

8. Schliesslich macht der Gesuchsteller geltend, dem Gesuchsgegner fehle aufgrund seiner floskelhaften Beteuerung der Unbefangenheit (Urk. 2) im Berufungsverfahren SB170310 die nötige Objektivität bzw. Unvoreingenommenheit, um an diesen mitzuwirken und einen sachgerechten Entscheid zu fällen. Das frühere Zürcher GVG sah in seinen Bestimmungen über das Verfahren der Ablehnung von Justizbeamten in § 100 Abs. 2 GVG in der Regel anstatt der Gewährung des rechtlichen Gehörs das Einholen einer gewissenhaften Erklärung der abgelehnten Justizperson vor. Vom Regelfall der Nichtanhörung des vom Ausstandsgesuch

Betroffenen hat sich der Gesetzgeber verabschiedet. An dessen Stelle ist heute das Recht auf Stellungnahme der abgelehnten Gerichtsperson zum Gesuch vorgesehen, wobei der von einem Ausstandsgesuch Betroffene zu einer Stellungnahme verpflichtet ist (Zürcher Kommentar StPO - Keller, Art. 58 N 12). Die Pflicht zur Stellungnahme ergibt sich wesentlich aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren und der Rechtsprechung des EGMR und des Bundesgerichts zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs (bspw. BGE 132 I 42 Erw. 3.3, 133 I 98; Kley/Aemisegger, 664 ff.). Anwendbar sind diesbezüglich die vom Bundesgericht aufgestellten Regeln für Beschwerdeverfahren. Jene Grundsätze gelten für sämtliche Rechtsverfahren, selbst solche, die nicht unter den Anwendungsbereich von EMRK Art. 6 fallen, also auch für das Ausstandsverfahren (so BGE 138 I 484 Erw. 2.1 ff.; BGer vom 13.7.2012, 1B\_199/2012, Erw. 3.1, 3.3). Insofern nähert sich das Ausstandsverfahren bei strittigem Ausstand für den Schriftenwechsel dem Beschwerdeverfahren an.

Mit seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2020 ist der Gesuchsgegner der Pflicht zur Stellungnahme nachgekommen (Urk. 2). Auch setzt sich diese inhaltlich mit dem Kern der Begründung des Ausstandsgesuchs, dem Vorwurf der Ungleichbehandlung der Parteien, auseinander. Da diese Begründung letztlich eine nicht weiter begründete Vermutung des Gesuchstellers ist, liegt es in der Natur der Sache, dass eine sachliche Stellungnahme dazu sehr kurz ausfällt. Die Knappheit der Stellungnahme ist somit sachlich begründet und bietet keinen Hinweis auf das Vorliegen von Ausstandsgründen.

9. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass sich keinerlei Anzeichen dafür ergeben, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren SB170310 als befangen betrachtet werden könnte. Das Ausstandsbegehren gegen den Gesuchsgegner Oberrichter lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ist demnach abzuweisen.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StPO). Die Gerichtsgebühr ist für das vorliegende

Verfahren innerhalb des Rahmens gemäss § 15 lit. d GebV OG (Fr. 150.– bis Fr. 4'500.–) und in Beachtung der Bemessungskriterien nach § 2 Abs. 1 lit. b bis d GebV OG auf Fr. 600.– festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Ausstandsbegehren gegen Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Gesuchstellers
  - den Gesuchsgegner Oberrichter lic. iur. Y.\_\_\_\_\_sowie nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist resp. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Kanzlei der II. Strafkammer (unter Rücksendung der Akten).
5. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (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  
I. Strafkammer

Zürich, 25. Januar 2021

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

MLaw T. Künzle