

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UA130034-O/U/HEI

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. W. Meyer,
der Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer sowie der Gerichtsschreiber
Dr. T. Graf

Beschluss vom 9. Januar 2014

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X._____

gegen

Bezirksgericht Uster,

Gesuchsgegnerin

sowie

1. **B.**_____, lic. iur.,

. **C.**_____, lic. iur.,

3. **D.**_____,

4. **E.**_____, lic. iur.,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Ausstand**

Erwägungen:

1.1 Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland führte in getrennten Verfahren eine im wesentlichen denselben Sachverhalt betreffende Untersuchung gegen die Brüder F._____ und A._____ wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das BetmG; der entsprechende Vorwurf lautete zusammengefasst im Wesentlichen dahingehend, dass die beiden Brüder zusammen eine verdeckte Hanf-Indooranlage mit einer Kapazität von mehr als 2000 Pflanzen aufgebaut und betrieben hätten, um wiederkehrend grosse Mengen an qualitativ hochwertigem Marihuana für den gewinnbringenden Weiterkauf zu produzieren (vgl. etwa Urk. 5/2/2 S. 2). Gegen beide Beschuldigte wurde die Untersuchung auch wegen weiterer, je einzeln begangener Delikte geführt.

1.2 F._____ wurde im abgekürzten Verfahren mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 29. August 2013 (Proz.-Nr. DG130009) der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a-c, d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. b BetmG sowie weiterer Delikte schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten sowie einer Busse von Fr. 1'000.-- bestraft (Urk. 5/22). Am Urteil wirkten Bezirksrichter lic. iur. B._____, Bezirksrichterin lic. iur. C._____, Bezirksrichter D._____ und der Gerichtsschreiber lic. iur. E._____ mit.

1.3 Am 27. März 2013 hatte die genannte Staatsanwaltschaft Anklage erhoben gegen A._____ (nachfolgend: Gesuchsteller) beim Bezirksgericht Uster (Urk. 5/14). Mit Verfügung vom 23. April 2013 wurde die Hauptverhandlung auf den 24. Oktober 2013 angesetzt; in der Verfügung wurde festgehalten, dass das Gericht in der Besetzung Bezirksrichter B._____, Bezirksrichterin C._____, Bezirksrichter D._____ und Gerichtsschreiber E._____ tagen werde (Urk. 5/16).

Mit Verfügung vom 5. September 2013 wurde der (bereits erfolgte) Beizug einer Kopie des Verfahrens-/Verhandlungsprotokolls aus dem Verfahren DG130009 (Staatsanwaltschaft gegen F._____) im Sinne einer Beweisergänzung in das gerichtliche Verfahren betreffend den Gesuchsteller angeordnet, unter dem Hinweis, dass sich die Parteien über die Verwertbarkeit und Aussagekraft des genannten Protokolls anlässlich der Hauptverhandlung äussern könnten. Gemäss Mitteilungssatz der Verfügung wurde (auch) dem amtlichen Verteidiger des Gesuchstel-

lers die Kopie des genannten Protokolls zusammen mit der Verfügung zugesandt (Urk. 5/20).

Der amtliche Verteidiger des Gesuchstellers stellte beim Bezirksgericht Uster mit Faxeingabe vom 23. Oktober 2013 ein Ausstandsbegehren gegen den für die Verhandlung vom 24. Oktober 2013 festgesetzten Spruchkörper. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die Gerichtsbesetzung sei vorbefasst, weil sie beim Urteil betreffend F._____ mitgewirkt habe (Urk. 5/23 bzw. Urk 2). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2013, an welcher das Gericht in der angekündigten Besetzung tagte, erneuerte der amtliche Verteidiger das Ausstandsbegehren (Urk. 5 Prot. S. 5 f.). Mit Verfügung vom 24. Oktober 2013 wurde die Übermittlung der Verfahrensakten an das Obergericht zwecks Behandlung des Ausstandsbegehrens angeordnet (Urk. 5/24 bzw. Urk. 3).

2.1 Am 28. Oktober 2013 wurde der hiesigen Kammer die vom 24. Oktober 2013 datierte und von Bezirksrichter B._____ und Gerichtsschreiber E._____ unterzeichnete Stellungnahme im Sinne von Art. 58 Abs. 2 StPO eingereicht (Urk. 4). Aus der Eingabe geht hervor, dass die Stellungnahme am 24. Oktober 2013 von der genannten Gerichtsbesetzung im Rahmen einer Beratung verfasst wurde (Urk. 4 S. 1 unten). In der Stellungnahme wird geltend gemacht, es liege kein Ausstandsgrund vor; abgesehen davon sei das Ausstandsbegehren verspätet gestellt worden (Urk. 5, insb. S. 3).

Mit Verfügung des Kammerpräsidenten vom 4. November 2013 wurde dem Gesuchsteller Frist zur freigestellten Äusserung zur Stellungnahme des Bezirksgerichts Uster zum Ausstandsbegehren angesetzt (Urk. 7). Auf Gesuch des amtlichen Verteidigers wurde die angesetzte Frist bis und mit 28. November 2013 erstreckt (Urk. 8). Eine Eingabe von Seiten des Gesuchstellers ging hernach nicht ein. Damit erweist sich die Sache als spruchreif.

2.2 a) Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen, hat sie ihr Gesuch bei der Verfahrensleitung ohne Verzug zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erlangt, und dabei die den Ausstand begründenden Tatsachen glaubhaft zu machen (Art. 58 Abs. 1 StPO).

Das Ausstandsgesuch ist somit ohne Verzug zu stellen. Nachdem im Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung in Art. 64 Abs. 2 noch eine Frist von 10 Tagen statuiert war, enthielt der Entwurf zur StPO in Art. 56 Abs. 1 die Formulierung "unverzüglich ... zu stellen". In der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 wurde hierzu festgehalten, Art. 56 entspreche im Wesentlichen Art. 36 BGG (BBl 2006 S. 1149); gemäss dieser Norm ist das Ausstandsbegehren einzureichen, sobald die Partei vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat.

Nach Praxis des Bundesgerichts (BGE 1B_203/2011 vom 18. Mai 2011 Erw. 2.1, und 6B_601/2011 vom 22. Dezember 2011 Erw. 1.2.1) und der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (BB.2012.36 vom 23. Mai 2012, BB.2012.35 vom 27. April 2012, BB.2011.58 vom 10. Juni 2011, und BB.2011.23 vom 14. März 2011, Erw. 1.2) ist das Ausstands- bzw. Ablehnungsgesuch im Sinne von Art. 58 Abs. 1 StPO in den nächsten Tagen nach Kenntnis des Ausstandsgrundes zu stellen. Derjenige, der eine Gerichtsperson nicht unverzüglich ablehnt, sobald er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erlangt, verwirkt seinen Ablehnungsanspruch (BGE 136 I 211 Erw. 3.4 und 134 I 21 Erw. 4.3.1; BGE 1B_203/2011 vom 18. Mai 2011 Erw. 2.1, und 1B_101/2011 vom 4. Mai 2011, Erw. 3; Beschlüsse des Bundesstrafgerichts BB.2011.58 vom 10. Juni 2011, BB.2011.47 vom 31. Mai 2011 und BB.2011.23 vom 14. März 2011, Erw. 1.2). Die bundesgerichtliche Praxis, dass ein Ablehnungs- bzw. Ausstandsbegehren unverzüglich zu stellen ist, entspricht im Übrigen auch der zürcherischen Rechtsprechung zu den §§ 95 ff. GVG / ZH (vgl. etwa ZR 89 Nr. 94 Erw. IV S. 229 und 103 Nr. 31 Erw. II/3.2).

Gemäss Bundesgericht ist das Stellen des Begehrens am 6. oder 7. Tag bzw. am 3. oder 4. Arbeitstag (BGE 6B_882/2008 vom 31. März 2009 Erw. 1.3, und 1B_499/2012 vom 7. November 2012 Erw. 2.3) bzw. innerhalb einer Woche (TPF 2007 Nr. 1 Erw. 2) nicht gemäss Treu und Glauben als verspätet zu erachten. Hingegen wurde vom Bundesgericht ein zwei- oder gar dreiwöchiges Abwarten mit der Stellung des Begehrens als verspätet qualifiziert (BGE 1P.457/2006 vom 19. September 2006 Erw. 3.1 a.A., und 1B_689/2012 vom 20. Dezember 2012 Erw. 3; vgl. auch Erw. 2.3 des erwähnten BGE vom 7. November 2012). Die I. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts im erwähnten Entscheid vom 14.

März 2011 in Erw. 1.4 (BB.2011.23) und das Bundesgericht im Urteil 6B_192/2013 vom 10. Dezember 2013 in Erw. 2.2 haben unmissverständlich festgehalten, ein zwei Wochen nach Kenntnisnahme des Ausstandsgrundes gestelltes Begehren sei angesichts der Rechtsprechung als klar verspätet anzusehen. Die hiesige Kammer hat in den Beschlüssen vom 28. Juni 2011 in Erw. II/5.3 lit. d (UA110007), vom 5. Oktober 2012 in Erw. 3.3 lit. f (UA120017), vom 15. November 2012 in Erw. IV/1 (UA120024), vom 10. Juni 2013 in Erw. 3.5 (UA130011) und vom 18. Juni 2013 in Erw. 3.5 lit. a (UA130018) festgehalten, dass jedenfalls bei einer Frist von zwei Wochen oder mehr nicht von einem "ohne Verzug" gestellten und damit von einem verspäteten Gesuch auszugehen sei.

b) Der Gesuchsteller hatte zweifellos seit längerer Zeit Kenntnis davon, dass auch gegen sein Bruder ein Strafverfahren unter anderem wegen Widerhandlung gegen das BetmG im unter vorstehender Ziff. 1.1 genannten Sinne geführt wurde; so hatte er beispielsweise in der Einvernahme vom 19. März 2013 in Anwesenheit seines amtlichen Verteidigers Gelegenheit, zu den Aussagen seines Bruders bezüglich des Vorwurfs der Widerhandlung gegen das BetmG Stellung zu nehmen (Urk. 5/2/7 S. 2). Der Gesuchsteller und sein Verteidiger hatten nach Erhalt der vorerwähnten Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 23. April 2013 auch Kenntnis davon, welche Gerichtsbesetzung anlässlich der auf den 24. Oktober 2013 terminierten Hauptverhandlung tagen wird.

Die vorgenannte bezirksgerichtliche Verfügung vom 5. September 2013, welcher eine Kopie des Verfahrens-/Verhandlungsprotokolls aus dem Verfahren DG130009 (Staatsanwaltschaft gegen F._____) beigelegt war, wurde per Einschreiben unter Beilage eines Empfangsscheins versandt. Der Empfangsschein wurde von Seiten des amtlichen Verteidigers am 10. September 2013 unterzeichnet (Urk. 5/21 Blatt 3). Die Einschreibesendung wurde dem amtlichen Verteidiger allerdings bereits am 6. September 2013 zugestellt, was sich klar aus dem Sendungsverfolgungsnachweis ("track & trace" gemäss www.post.ch) ergibt (Urk. 9). Bereits aufgrund eines kurzen Blicks konnte dem nur wenige Seiten umfassenden mitversandten Protokoll entnommen werden, dass anlässlich der den Bruder des Gesuchstellers betreffenden Hauptverhandlung vom 29. August 2013 die gleiche Gerichtsbesetzung getagt hatte, welche auch an der Hauptverhandlung vom 24.

Oktober 2013 tagen würde (Urk. 5/22 S. 4). Mit anderen Worten war der in der Faxeingabe vom 23. Oktober 2013 geltend gemachte Ausstandsgrund sofort ohne Weiteres nach der am 6. September 2013 erfolgten Zustellung der erwähnten Sendung ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass der amtliche Verteidiger das Protokoll kurz nach der erfolgten Zustellung auch gelesen hatte, führte er doch gegenüber dem Bezirksgericht aus, er habe danach beim Verteidiger von F. _____ noch weitere Unterlagen wie die Anklageschrift gegen F. _____ und das entsprechende Urteil eingeholt (Urk. 5/23 S. 1; Urk. 5 Prot. S. 5). Jedenfalls ist ohne Weiteres anzunehmen, der amtliche Verteidiger habe das Protokoll noch im September 2013 gelesen. Er führte denn auch gegenüber dem Bezirksgericht ausdrücklich aus, er entschuldige sich dafür, dass er das Ausstandsbegehren so spät gestellt habe (Urk. 5 Prot. S. 5). Im Übrigen ist zu erwähnen, dass das Bezirksgericht Uster gegenüber der hiesigen Kammer ausführte, ab dem Zeitpunkt der Zustellung des genannten Protokolls habe der amtliche Verteidiger Kenntnis davon gehabt, dass im Verfahren gegen den Gesuchsteller die gleiche Gerichtsbesetzung wie im Verfahren gegen F. _____ vorgesehen gewesen sei, weshalb sich das mehrere Wochen danach gestellte Ausstandsbegehren als verspätet erweise; da von Seiten des Gesuchstellers auf eine Replik verzichtet wurde, blieb diese Rechtsauffassung unbeanstandet. Auf jeden Fall wäre der behauptete Ausstandsgrund bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit nach der Zustellung des Protokolls erkennbar gewesen, was die Frist zur Geltendmachung des Ausstandsgrunds auslöst (Boog, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Schweizerischen Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 58 N 5 m.H. auf die Rechtsprechung; vgl. auch BGE 1B_277/2008 vom 13. November 2008 Erw. 2.2).

Aus diesen Gründen ist von einer Frist zwischen Kenntnisnahme (bzw. Erkennbarkeit) und Geltendmachung des Ausstandsgrunds von mindestens drei Wochen auszugehen, weshalb sich das Ausstandsbegehren im Lichte der erwähnten Rechtsprechung als klarerweise verspätet erweist und daher darauf nicht einzutreten ist.

2.3 Gemäss Art. 59 Abs. 4 Satz 2 StPO sind die Kosten bei verspäteten Ausstandsbegehren der gesuchstellenden Partei aufzuerlegen. Es rechtfertigt sich im vorliegenden Fall, dem Gesuchsteller nur die Gerichtsgebühr, nicht jedoch auch

die Kosten der amtlichen Verteidigung aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist nach Massgabe von § 15 Ingress und lit. d GebV OG auf Fr. 400.-- festzusetzen. Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird durch die das Verfahren abschliessende Behörde festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf das Ausstandsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 400.-- angesetzt und dem Gesuchsteller auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - den amtlichen Verteidiger des Gesuchstellers, zweifach, per Gerichts-
urkunde
 - die Gesuchsgegnerin, unter Rücksendung der eingereichten Akten
(Urk. 5), gegen Empfangsbestätigung
 - die Verfahrensbeteiligten 1-4, je gegen Empfangsbestätigung
4. Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 92 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 BGG vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den Bestimmungen des BGG.

Zürich, 9. Januar 2014

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. T. Graf