

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UA160021-O/U/bru

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. W. Meyer,
Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely und Gerichtsschreiber Dr. iur. T.
Graf

Beschluss vom 28. Oktober 2016

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Gesuchsgegnerin

sowie

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Ausstand**

**Untersuchung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat A-6/2014/10002599
bzw. Verfahren des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht,
GG160097-L/Z1**

Erwägungen:

1.1 A._____ (Gesuchsteller) war wie auch D._____ (Privatkläger) im Jahre 2000 bei der E._____ in F._____ [Staat in Südosteuropa] im Einsatz. Der Privatkläger erhielt am 16. September 2013 auf dessen E-Mailadresse eine E-Mail mit Bildern im Anhang, in welcher er zusammengefasst "von einem E._____ -Kamerad aus dem Jahre 2000 ersucht wurde, sich vollständig ruhig zu verhalten und ein Leben ohne aufzufallen zu führen, ansonst alle Medien über seine Extremtaten (u.a. Drogen- und Waffenhandel, Beihilfe zum Kinderhandel) im F._____ informiert würden" (vgl. Urk. 3/6). Der militärische Untersuchungsrichter C._____ (Verfahrensbeteiligter 2) erteilte der Militärpolizei am 14. März 2014 den Auftrag zur Eröffnung eines militärpolizeilichen Ermittlungsverfahrens wegen Drohung/Nötigung. Gemäss dem vom Verfahrensbeteiligten 2 verfassten Schlussbericht vom 23. Oktober 2014 konnte die mutmassliche Täterschaft in der Person des Gesuchstellers ermittelt werden; da keine militärgerichtliche Zuständigkeit gegeben sei, sei dem Militärverfahren keine weitere Folge zu geben (Urk. 3/11). In der Folge gelangte der Verfahrensbeteiligte 2 an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (Gesuchsgegnerin) und fragte an, ob diese das Verfahren übernehme (Urk. 3/15/1). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2014 übernahm die Gesuchsgegnerin die Strafuntersuchung (Urk. 3/15/4).

1.2 Mit der Führung der Strafuntersuchung gegen den Gesuchsteller war Staatsanwältin lic. iur. B._____ (Verfahrensbeteiligte 1) betraut. Sie erliess am 29. April 2015 einen Strafbefehl gegen den Gesuchsteller (Urk. 3/18). Darin wurde dieser wegen Nötigung verurteilt und mit einer Geldstrafe sowie einer Busse bestraft. Zudem erliess sie am genannten Tag eine Nichtanhandnahmeverfügung betreffend Drohung und Missbrauch einer Fernmeldeanlage zufolge verspäteter Strafantragsstellung (Urk. 3/19). Der Gesuchsteller erhob gegen den Strafbefehl Einsprache (Urk. 3/22). Nach durchgeführter Einvernahme mit dem Gesuchsteller (Urk. 3/27) hielt die Verfahrensbeteiligte 1 am Strafbefehl fest und überwies die Akten mit Verfügung vom 21. August 2015 dem Einzelgericht des Bezirks Zürich (Urk. 3/29).

1.3 Mit Verfügung vom 16. September 2015 sistierte das Einzelgericht (Vorinstanz) das Verfahren, wies die Akten zwecks Präzisierung des Strafbefehls im Sinne der Erwägungen an die Gesuchsgegnerin unter Rückübertragung der Rechtshängigkeit zurück und schrieb das gerichtliche Verfahren als erledigt am Register ab (Urk. 3/30). Nach ergänzter Untersuchung erhob die Verfahrensbeteiligte 1 am 11. Mai 2016 Anklage gegen den Gesuchsteller wegen Nötigung bei der Vorinstanz (Urk. 3/49), worauf die Vorladung zur Hauptverhandlung auf den 21. September 2016 erging (Urk. 3/50).

1.4 Anlässlich der Hauptverhandlung stellte der Verteidiger des Gesuchstellers den Antrag, es sei im Sinne eines Ausstandsgesuchs festzustellen, dass die Verfahrensbeteiligte 1 wegen unzulässiger vorzeitiger Festlegung bzw. unzulässiger Prozessinstruktion im Sinne von Art. 56 lit. b StPO in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 StPO als befangen erscheine, weswegen die seit 29. Oktober 2015 erfolgten Ermittlungs- und Amtshandlungen in Anwendung von Art. 60 StPO zu wiederholen seien (Urk. 3/70 S. 2 bzw. Urk. 4 S. 2 [Auszug von Urk. 70]). Im Wesentlichen wurde zur Begründung des Ausstandsgesuchs vorgebracht, die Verfahrensbeteiligte 1 habe nach der Rückweisung der Sache durch die Vorinstanz dem Privatkläger am 29. Oktober 2015 ein "Instruktions-E-Mail" gesandt, woraus deutlich werde, dass sie nicht mehr mit der nach Art. 4 StPO gebotenen Unabhängigkeit zu Werke gegangen sei (Urk. 3/70 S. 6 f.). Sie habe zudem in der Untersuchung gegenüber dem Privatkläger zum Ausdruck gebracht, die Chancen einer Verurteilung des Gesuchstellers seien auch bei einer erneuten Anklage sehr klein, während sie gegenüber dessen Verteidigung suggeriert habe, an der Täterschaft des Gesuchstellers bestünde keine Zweifel; dieses Verhalten der Verfahrensbeteiligten 1 sei daher widersprüchlich und willkürlich gewesen, weshalb von einer unzulässigen Vorbefassung und einer unzulässigen "Festlegung im Sinne von Art. 56 lit. b StPO" auszugehen sei (Urk. 3/70 S. 11 f.).

Mit (nach der Hauptverhandlung erfolgtem) Schreiben vom 21. September 2016 liess der Gesuchsteller das Ausstandsbegehren auf "die militärischen Ermittlungsbehörden", insbesondere auf den Verfahrensbeteiligten 2, ausdehnen (Urk. 3/74 S. 4 bzw. Urk. 6 S. 4).

1.5 Mit Verfügung vom 26. September 2016 überwies die Vorinstanz das Ausstandsbegehren zusammen mit den Verfahrensakten der hiesigen Kammer (Urk. 3/77 bzw. Urk. 2).

1.6 Von prozessualen Weiterungen, insbesondere der Einholung von Stellungnahmen der beiden Verfahrensbeteiligten im Sinne von Art. 58 Abs. 1 StPO, kann abgesehen werden.

2.1 In der Überweisungsverfügung vom 26. September 2016 wird ausgeführt, bei den geltend gemachten Ausstandsgründen handle es sich um solche nach der Generalklausel von Art. 56 lit. f StPO. Diesfalls habe gemäss Art. 59 Abs. 1 StPO unabhängig von einer Stellungnahme der vom Ausstandsgesuch betroffenen Person die zuständige Instanz - die Beschwerdekammer des Obergerichts - über das Ausstandsgesuch zu entscheiden (Urk. 2 S. 2).

2.2 Wird ein Ausstandsgrund nach Art. 56 lit. a oder f StPO geltend gemacht oder widersetzt sich eine in einer Strafbehörde tätige Person einem Ausstandsgesuch einer Partei, das sich auf Art. 56 lit. b-e StPO abstützt, so entscheidet ohne weiteres Beweisverfahren und endgültig die Beschwerdeinstanz, wenn die Staatsanwaltschaft, die Übertretungsstrafbehörden oder die erstinstanzlichen Gerichte betroffen sind (Art. 59 Abs. 1 Ingress und Abs. 1 lit. b StPO).

Es kann offen bleiben, ob der Gesuchsteller, der sich in seinem Gesuch nach dem Gesagten formell (primär) auf Art. 56 lit. b StPO stützte, im Ergebnis tatsächlich - wovon die Vorinstanz ausgeht - einen Ausstandsgrund im Sinne von Art. 56 lit. f StPO geltend macht. Ebenfalls dahingestellt bleiben kann, ob hinsichtlich des Verfahrensbeteiligten 2, der in dieser Sache vor deren Überweisung an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat als militärischer Untersuchungsrichter tätig war, überhaupt die Beschwerdeinstanz zuständig sein könnte.

2.3 Bei richtiger Betrachtungsweise kann die Beschwerdeinstanz für die Behandlung von Ausstandsgesuchen gegen die Staatsanwaltschaft und die Übertretungsstrafbehörden nur dann zuständig sein, wenn das Verfahren noch vor der Behörde, die als Ganzes oder teilweise vom Ausstand betroffen ist, anhängig ist. Sinn und Zweck der Zuständigkeitsregel von Art. 59 Abs. 1 StPO ist, dass eine

andere als die vom Ausstand betroffene Behörde über das Ausstandsgesuch entscheidet. Ist die Sache beim erstinstanzlichen Gericht - in aller Regel, weil Anklage erhoben wurde - oder bereits bei der Berufungsinstanz anhängig, hat nicht die Beschwerdeinstanz über die gegen die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörde geltend gemachten Ausstandsgründe zu entscheiden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich - wie im vorliegenden Fall - die Verwirklichung des behaupteten Ausstandsgrundes auf das Stadium des staatsanwaltschaftlichen Verfahrens oder des Übertretungsstrafverfahrens (und nicht erst des gerichtlichen Verfahrens) bezieht. Diesbezüglich stehen keine Amtshandlungen der betreffenden Amtsperson mehr an, bei welchen sie in den Ausstand treten könnte bzw. müsste. Offen ist nur noch die Zulässigkeit bzw. Verwertbarkeit von bereits erfolgten Erhebungen im Untersuchungsverfahren.

Das erstinstanzliche Gericht hat - wie auch die Berufungsinstanz - über die Anklagevorwürfe zu entscheiden, wobei es auch die im Vorverfahren erhobenen Beweise berücksichtigt (Art. 350 StPO). Das Gericht ergänzt unvollständig erhobene Beweise und erhebt im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals (Art. 343 StPO). Wird im gerichtlichen Verfahren in Bezug auf Staatsanwaltschaft oder Übertretungsstrafbehörde zu Recht ein sich vor Anklageerhebung verwirklichter Ausstandsgrund geltend gemacht, liegt hinsichtlich der nach der Verwirklichung des Ausstandsgrundes vom Betroffenen vorgenommenen prozessrechtlichen Handlungen in aller Regel ein Verfahrensfehler vor. Das Gericht muss daher von Amtes wegen prüfen, ob jene Handlungen dennoch zu berücksichtigen sind oder ob sie - soweit noch möglich - zu wiederholen sind (vgl. auch Art. 60 StPO). Mit anderen Worten stellt sich die Frage der Verwertbarkeit jener Handlungen (vgl. auch Keller, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 60 N 5, sowie Boog, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger, Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 60 N 4). Muss das Sachgericht gestützt auf ein gestelltes "Ausstandsgesuch" im genannten Sinne ohnehin über dessen Berechtigung und allfällige Folgen entscheiden, kann es nicht Sinn und Zweck der StPO sein, dass über den Ausstand gleichzeitig auch noch die Beschwerdeinstanz entscheidet, zumal diese gegebenenfalls nur das

Ausstandsgesuch gutheissen würde, ohne sich über die daraus resultierenden prozessualen Folgen zu äussern (vgl. auch Art. 60 Abs. 1 StPO). Die hiesige Kammer ist im Beschluss vom 26. November 2015 (UA150023) denn auch auf einen gegen eine Staatsanwältin gestellten "Befangenheitsantrag", der mit dem Verhalten der Staatsanwältin im Untersuchungsverfahren begründet wurde, mit der Begründung nicht eingetreten, wenn das Berufungsverfahren anhängig sei, bleibe kein Raum für ein separates Ausstandsverfahren vor der Beschwerdeinstanz (Erw. II/4). Es sei Sache des Berufungsgerichts, die formellen und materiellen Einwände gegen die Untersuchungsführung und das daraus resultierende Beweisergebnis zu beurteilen (Erw. II/7). Diese Grundsätze gelten nach dem Gesagten auch für das erstinstanzliche Gericht, wenn bei ihm die Sache anhängig ist. Wird der erstinstanzliche oder der zweitinstanzliche Entscheid vor Entdeckung des Ausstandsgrundes rechtskräftig, gelten die Bestimmungen über die Revision (Art. 60 Abs. 3 StPO).

2.4 Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auf das Ausstandsbegehren mangels Zuständigkeit gesamthaft nicht einzutreten ist. Über die formellen und materiellen Einwände des Gesuchstellers hat die Vorinstanz zu entscheiden.

3. Da keine der Parteien bzw. Verfahrensbeteiligten die Überweisung des Ausstandsgesuchs zu vertreten haben, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Mangels erheblichen Aufwendungen sind keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Ausstandsbegehren wird nicht eingetreten.
2. Für das vorliegende Verfahren werden keine Kosten erhoben und keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an:
 - den Verteidiger des Gesuchstellers, zweifach, per Gerichtsurkunde
 - die Verfahrensbeteiligte 1, persönlich/vertraulich, per Gerichtsurkunde

- den Verfahrensbeteiligten 2, persönlich/vertraulich, per Gerichtsurkunde
 - die Gesuchsgegnerin, gegen Empfangsbestätigung
 - die Vorinstanz unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten [Urk. 3), gegen Empfangsbestätigung
4. Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann **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 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 28. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. T. Graf