

S3/UK010023/gk

III. STRAFKAMMER

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Bornatico, Vorsitzender, lic.iur. Hodel und lic.iur. P. Marti sowie Obergerichtssekretärin lic.iur. Welti

**Beschluss vom 1. Juni 2001**

in Sachen

**F. R.,**

Rekurrentin

verteidigt durch Rechtsanwalt T.

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt K.

gegen

**Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

Rekursgegnerin

betreffend **amtliche Verteidigung**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. Februar 2001, BU010030**

### **Das Gericht zieht in Betracht:**

#### I.

Die Bezirksanwaltschaft Winterthur führt seit anfangs September 2000 gegen W., B. und R. eine Strafuntersuchung betreffend Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Den Mitangeschuldigten wird vorgeworfen, bis zur Hausdurchsuchung und Festnahme vom 12. September 2000 als Mittäter in Winterthur in den beiden Hanfshops X. und Y. durch den Verkauf von Marihuana in der Form von sogenannten "Trockenblumen" einen grossen Umsatz von über einer Million Franken im Jahre 1999 und über 2 Millionen Franken bis zum 8. September 2000 erzielt zu haben. Die "Trockenblumen" aus Marihuana bezogen die Mitangeschuldigte W. (Geschäftsinhaberin) und ihr Lebens- und Geschäftspartner B. seit 31. Mai 1997 von der Gärtnerei A. in Z., gegen deren formelle und faktische Organe die Bezirksanwaltschaft Winterthur für die Bezirksanwaltschaft Andelfingen bereits die zweite separate Strafuntersuchung führt (Urk. 5/Antrag auf Bestellung eines amtlichen Verteidigers vom 30. Januar 2001).

Mit Eingabe vom 20. September 2000 teilte RA T. dem Untersuchungsrichter mit, gemäss den beiliegenden drei Vollmachten würde er die Interessenwahrung der drei Angeschuldigten übernehmen. Daraufhin wies der Untersuchungsrichter RA T. auf den generellen Interessenkonflikt hin, worauf dieser erklärte, nur die Mitangeschuldigte R. Verkäuferin im Hanfshop X zu vertreten; die Vertretung von W. übernahm RA H.W., für B. reichte kein neuer Rechtsanwalt eine Vollmacht ein.

Am 18. Oktober 2000 teilte der Untersuchungsrichter RA T. und RA H. W. je separat mit, es sei ihm bekannt, dass beide je auch einen der Mitangeschuldigten im Parallelverfahren gegen die Lieferantin, die Gärtnerei A., vertreten würde, und wies auf die Mehrfachvertretung von RA H. W. im ersten Verfahren gegen die Gärtnerei A., die mit Beschluss der hiesigen I. Strafkammer zufolge ungenügender Verteidigung der vier Angeschuldigten zur Rückweisung an die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich bzw. Untersuchungsbehörde zwecks Wiederholung der

Einvernahmen führte. Er ersuchte die Verteidiger sich zu entscheiden, ob sie weiter ein Mandat bei den Lieferanten und Abnehmern wahrnehmen wollten, und stellte bei anhaltender Doppelvertretung angesichts der vorliegenden Fälle von notwendiger Verteidigung das Gesuch um Bestellung von amtlichen Verteidigern in Aussicht. Da RA T. und RA H. W. an ihren Mandaten ausdrücklich festhielten (und B. nach wie vor nicht verbeiständet war), wurden - auf entsprechenden Antrag hin - allen drei Angeschuldigten mit Verfügung des Präsidenten des Bezirksgerichtes Winterthur vom 1. Februar 2001 ein amtlicher Verteidiger beigegeben, der Angeschuldigten R. in der Person von RA K.. Gegen diesen Entscheid reichte RA T. am 22. Februar 2001 fristgerecht Rekurs ein mit den Anträgen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei von der Beigabe eines amtlichen Verteidigers an die Angeschuldigte abzusehen; eventualiter sei der Rekurs an die zuständige Behörde weiterzuleiten (Urk. 1).

Da sich der Rekurs sofort als unstatthaft darstellt, ist von der Einholung einer Vernehmlassung der unteren Instanz und einer Rekursantwort der Gegenpartei abzusehen (§ 406 StPO).

## II.

1. Alle Rechtsmittel nach zürcherischer Strafprozessrecht, vorbehaltlich § 396 StPO, setzen eine Beschwer, d.h. eine unmittelbare Benachteiligung des Rechtsmittelklägers voraus, denn Ziel des Rechtsmittels ist es, anstelle des für den Betroffenen ungünstigen Entscheides einen für ihn günstigeren Entscheid zu erlangen. Der Angeschuldigte kann einen Entscheid somit nur bezüglich Punkten anfechten, die für ihn ungünstig lauten, die ihn also beschweren (Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., 1997, N 975; ZR 60 [1961] Nr. 45).

Als Prozessbeteiligte ist die Angeschuldigte nach § 395 Abs. 1 Ziff. 3 StPO grundsätzlich zur Ergreifung des Rekurses legitimiert. Durch die im Dispositiv des angefochtenen Entscheides getroffene richterliche Verfügung - was für die Beschwer allein massgebend ist - wird sie in ihren

Rechten hingegen nicht berührt. Gemäss Dispositiv wird ihr in der Person von RA K. ein amtlicher Verteidiger beigegeben, was entgegen ihrer Ansicht nichts über künftige Kosten aussagt; darüber ist gemäss § 12 Abs. 2 StPO ohnehin erst bei Abschluss des Verfahrens zu entscheiden (Urk. 1 Ziff. 1.4, S. 3). Da die Rekurrentin demnach keine Rechtsverletzung durch das Dispositiv geltend machen kann, ist auf den Rekurs nicht einzutreten.

2. Abgesehen davon, ergibt sich aber auch aus den Bestimmungen zum Rekurs kein anderes Ergebnis. Gemäss § 402 Ziff. 6 StPO ist der Rekurs zulässig gegen Verfügungen der Bezirksgerichtspräsidenten in Sachen, die von ihnen erstinstanzlich erledigt werden. Unter Verfügungen im Sinne dieser Bestimmung, sind nicht nur Erledigungs-, sondern auch Zwischenverfügungen zu verstehen. Bei der Bestellung eines amtlichen Verteidigers handelt es sich nicht um eine instanz- oder prozesserledigende Handlung, sondern um eine solche prozessleitender Natur (Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., 1997, N 579). Nach ständiger Rechtsprechung verlangt die Anfechtbarkeit einer prozessleitenden Zwischenverfügung das Vorliegen eines qualifizierten Anfechtungsgrundes. Ein Rekurs gegen prozessleitende Entscheidungen wird mithin nur zugelassen, wenn diese gesetzliche Prozessnormen offenbar verletzen oder materielles Recht derart zu beeinträchtigen drohen, dass die Folgen der angefochtenen Massnahme nicht mehr oder nur mit unverhältnismässigem Zeit- oder Geldaufwand abgewendet werden können (Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., 1997, N 1004; ZR 81 [1982] Nr. 106 mit Verweisungen; A. Meili, Der Rekurs im Strafprozess nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1968, S. 156 f.).

Im vorliegenden Fall ist weder das eine noch das andere der Fall.

a) Eine Verletzung gesetzlicher Prozessvorschriften ist vorliegend nicht zu erblicken. Entgegen der Behauptung der Rekurrentin liegt ein Fall von notwendiger Verteidigung gemäss § 11 Abs. 2 Ziff. 3 StPO vor, nachdem der Angeschuldigten qualifizierter Betäubungsmittelhandel vorgeworfen wird, für welche Straftat eine Minimalstrafe von einem Jahr Gefängnis vorgesehen ist. Wie der Tatbeitrag der Angeschuldigten zu würdigen ist und wie hoch die auszufällende Strafe bei einer

Schuldigsprechung sein wird, ist nicht hier zu beurteilen, sondern dem Entscheid des Sachrichters überlassen; auf die entsprechenden Ausführungen der Rekurrentin ist daher nicht weiter einzugehen (Urk. 1 Ziff. II.3, S. 4 f.). Liegt somit ein Fall von notwendiger Verteidigung gemäss Ziff. 3 von § 11 Abs. 2 StPO vor, kann die Frage offen bleiben, ob auch die Voraussetzungen von Ziff. 5 dieser Bestimmung gegeben sind.

Gemäss § 12 Abs. 2 StPO ist ein amtlicher Verteidiger allerdings nur dann beizugeben, wenn ein Angeschuldigter nicht selber einen Verteidiger bestellt hat, somit nicht gehörig vertreten ist. Dies ist aus folgenden Gründen vorliegend der Fall:

Werden mehrere Mitangeschuldigte durch denselben Verteidiger vertreten, so stellt sich die Frage, ob die einzelnen Interessen genügend gewahrt werden und ob nicht eine Interessenkollision vorliegt. Gemäss ständiger Rechtsprechung obliegt den Justizbehörden in Fällen notwendiger Verteidigung eine Fürsorgepflicht (ZR 96 [1997] Nr. 15; BGE 124 I 189), welche auch in bezug auf einen erbetenen Verteidiger gilt (ZR 97 [1998] Nr. 108). Inhalt dieser Pflicht ist insbesondere die Sicherstellung einer genügenden anwaltlichen Verteidigung (ZR 97 [1998] Nr. 108). Aufgrund der ihnen obliegenden Fürsorgepflicht haben die Justizbehörden bei Vorliegen einer - für sie erkennbaren - ungenügenden anwaltlichen Verteidigung die für die Gewährleistung der hinreichenden anwaltlichen Verteidigung erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Der Verteidiger ist von den Behörden primär anzuhalten, seinen Aufgaben hinreichend nachzukommen. Wenn dieses Vorgehen zur Gewährleistung der genügenden Verteidigung nicht geeignet ist, muss bei amtlicher Verteidigung der Verteidiger ersetzt werden bzw. bei erbetener Verteidigung - da der privat beigezogene Rechtsvertreter nicht durch die Behörden entlassen werden kann - zusätzlich ein amtlicher Verteidiger bestellt werden (BGE 124 I 190 E. 3b). Ein in einer Interessenkollision stehender Verteidiger vermag eine hinreichende Verteidigung nicht zu gewährleisten (BGE 124 I 191 E. 4a).

Nach § 7 Abs. 1 des Anwaltsgesetzes (AnwG) ist der Rechtsanwalt unter anderem verpflichtet, seine Berufstätigkeit gewissenhaft auszuüben.

§ 8 Abs. 1 AnwG bestimmt, dass der Rechtsanwalt das Interesse seines Auftraggebers nach Recht und Billigkeit zu wahren hat. Nach § 11 Abs. 2 AnwG ist es den Inhabern, Mitarbeitern und Substituten des gleichen Anwaltsbüros verboten, in derselben Streitsache verschiedene Parteien gegeneinander zu vertreten; dieses Verbot gilt auch für Rechtsanwälte, die alleine selbständig tätig sind. Aus der in diesen Generalklauseln umschriebenen Treuepflicht des Rechtsanwaltes ergibt sich das Verbot, verschiedene Aufträge anzunehmen, die miteinander unverträglich sind oder bei denen widerstreitende Interessen zur Beurteilung stehen (vgl. ZR 88 [1989] Nr. 84). Insbesondere fliesst aus der allgemeinen Treuepflicht auch das Verbot der Mehrfachvertretung, welches dem Anwalt untersagt, in derselben (gerichtlichen) Streitsache verschiedene Parteien gegeneinander zu vertreten. Der Rechtsanwalt darf sich nicht dem Verdacht einer möglichen Benachteiligung eines seiner Klienten aussetzen und er hat schon den blossen Verdacht eines unkorrekten Verhaltens zu vermeiden (Beschluss der Aufsichtskommission [AK] über die Rechtsanwälte vom 4. Juni 1998 i.S. O., E. III/3).

Das Bundesgericht hat in einem Entscheid festgehalten, dass ein Rechtsanwalt - abgesehen von besonderen Umständen, die hier nicht gegeben sind - nicht zwei im gleichen Strafverfahren mitangeklagte Personen verteidigen kann (Pra 87 [1989] Nr. 98 E. 3c) bzw. wenn derselbe Rechtsanwalt zwei Mitangeklagte verteidige, entstehe unweigerlich die Gefahr eines Interessenkonflikts (Pra 87 [1998] Nr. 98 E. 4c/bb). Dabei genügt bereits der (objektive) Anschein einer Interessenkollision (Plädoyer 6/96 S. 60 und ZBJV 1997 S. 705 f.) bzw. die Absehbarkeit eines abstrakten Interessenkonflikts (Pra 87 [1998] Nr. 98 E. 3c). Dies gilt im Falle eines Interessenkonflikts selbst dann, wenn die verteidigten Personen die Doppelvertretung billigten (Pra 87 [1998] Nr. 98 E. 3c).

Vor diesem rechtlichen Hintergrund kann mit Fug nicht davon ausgegangen werden, dass RA T. eine sachgerechte und wirkungsvolle Verteidigung der von ihm verteidigten beiden Angeschuldigten zu gewährleisten vermag. Ein in einer Interessenkollision stehender Anwalt ist wie dargelegt nicht in der Lage, die Verteidigung gehörig

wahrzunehmen (BGE 124 I 191 E. 4a; ZR 98 [1999] Nr. 48), weshalb im vorliegenden Fall die Angeschuldigte ungenügend verteidigt ist und notwendigerweise eines amtlichen Verteidigers bedarf. Dies musste RA T. bewusst sein, nachdem auch ihm der Entscheid der I. Strafkammer des hiesigen Gerichts vom 12. Oktober 2000 im ersten Strafverfahren gegen die Gärtnerei A. zur Kenntnis gebracht wurde. Die Tatsache, dass es heute beim andern Mandanten um einen Angestellten der Gärtnerei A. handelt und das neue Strafverfahren getrennt vom vorliegenden von einem andern Untersuchungsrichter geführt wird, wie RA T. geltend macht (Urk. 1 Ziff. II.3b, S. 6 ff.), ändert daran nichts. Bei beiden Untersuchungen geht es um den selben Sachverhaltskomplex (Bestellung und Lieferung von "Trockenblumen" aus Marihuana), die Untersuchung steht am Anfang und es gilt verschiedene Interessen zu wahren. Sind mit der Beigabe eines amtlichen Verteidigers durch die Vorinstanz somit keine gesetzlichen Prozessvorschriften verletzt, wäre daher kein Rekurs gegeben.

Trotz Verbeiständung durch einen amtlichen Anwalt steht der Angeschuldigten jedoch nach wie vor während des ganzen Verfahrens die Möglichkeit offen, einen Wahlverteidiger (erbetenen Verteidiger), gegen den keine Vorbehalte - wie insbesondere Interessenkollision - bestehen, beizuziehen und diesen mit der Wahrung ihrer Interessen im vorliegenden Strafverfahren zu beauftragen.

b) Zur Frage der möglichen drohenden Beeinträchtigung des materiellen Rechts ist festzuhalten, dass eine solche Möglichkeit nur dann geschaffen würde, wenn die Angeschuldigte nicht hinreichend verteidigt wäre, was der Fall wäre, wenn RA T. sie weiterhin verteidigen würde, weil dieser an seiner Doppelvertretung festhält. Der vorliegende Fall unterscheidet sich somit grundlegend von denjenigen Fällen, in welchen ein Angeschuldigter infolge der Enthebung des amtlichen Verteidigers ohne Verbeiständung bliebe. Nur diesfalls würde allenfalls eine drohende Beeinträchtigung des materiellen Rechts geschaffen und würde die ungerechtfertigte Verweigerung eines amtlichen Verteidigers möglicherweise einen Nichtigkeitsgrund setzen (ZR 51 [1952] Nr. 43). Da die Rekurrentin unter diesen Umständen erst mit der Beigabe eines

amtlichen Verteidigers gehörig vertreten ist, wäre auch die zweite Voraussetzung, unter welcher eine Rekursmöglichkeit besteht, nicht gegeben.

c) Die Voraussetzungen, unter welchen eine prozessleitende Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten mittels Rekurs angefochten werden könnte, wären deshalb auch nicht gegeben, weshalb auf den Rekurs ebensowenig eingetreten werden könnte.

3. Zusammengefasst ist auf den Rekurs daher nicht einzutreten.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens der Rekurrentin aufzuerlegen.

#### **Demnach beschliesst das Gericht:**

1. Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 500.--; die übrigen Kosten betragen:

Fr. Schreibgebühren

Fr. Zustellungen

Fr. Telefon

3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden der Rekurrentin auferlegt.

4. Schriftliche Mitteilung an

- die Rekurrentin
- den erbetenen Verteidiger

- den amtlichen Verteidiger
- die Rekursgegnerin
- die Bezirksanwaltschaft Winterthur, Büro JR, zuhanden der Unt.Nr. 2000/2229 (pendent)
- den Präsidenten des Bezirksgerichtes Winterthur unter Rücksendung seiner Akten

Die Sekretärin:

**Anonymisiert** am 6. Oktober 2003

lic.iur. Welti